

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

**La génesis del derecho fundamental a la protección de datos
personales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Pablo Pascual Huerta

Director

Rafael Rubio Núñez

Madrid, 2017

© Pablo Pascual Huerta, 2016

LA GÉNESIS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

**Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional
TESIS DOCTORAL**



**UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID**

**Pablo Pascual Huerta
Director de la tesis: Rafael Rubio Núñez
Profesor titular de Derecho Constitucional**

A Berta, con amor

ÍNDICE

ABREVIATURAS	6
1. PLANTEAMIENTO Y METODOLOGÍA	9
1.1. El derecho de protección de datos personales y la fijación de un marco cronológico para su estudio desde un punto de vista histórico	9
1.2. Un apunte metodológico.....	17
2. OBJETO	28
2.1. El derecho de protección de datos como novedad.....	28
2.2. Los criterios para la existencia de “protección de datos”	36
2.3. Algunas precisiones sobre los requisitos de la “protección de datos”	42
2.4. Una definición de “ <i>derecho de protección del datos</i> ”	54
2.5. Objeto de la investigación.	55
3. ANTECEDENTES: LA SITUACIÓN ANTERIOR A 1890.....	57
3.1. El punto de partida: la mitad del siglo XVIII	57
3.2. Los cambios del siglo XIX.....	63
3.3. El principio jurídico de la autodeterminación personal en la raíz del constitucionalismo	69
3.4. Hacia el reconocimiento jurídico de la intimidad	74
A) Primeras manifestaciones particulares de la protección de la intimidad	74
a) <i>El secreto de la correspondencia</i>	74
b) <i>Los derechos morales de autor</i>	82
c) <i>La vinculación entre derechos de autor, secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad en el derecho anglosajón</i>	90
B) Los pasos hacia un reconocimiento del derecho general a la intimidad.....	94
4. EN LA ESTELA DE «THE RIGHT TO PRIVACY» DE WARREN Y BRANDEIS.....	106
4.1. El año 1890 como hito cronológico fundamental en la aparición de la protección de datos	106
4.2. El primer reconocimiento jurídico general de la intimidad	108
A) « <i>The Right to Privacy</i> » de Warren y Brandeis.....	108
B) La primera conexión del “ <i>Right to Privacy</i> ” con los derechos fundamentales	115
C) La respuesta europea: los derechos de la personalidad.	118
4.3. La intimidad en retroceso: <i>Olmstead vs. United States</i>	127
4.4. Las aportaciones del constitucionalismo de entreguerras	130
A) La interdicción de interrogatorio por creencias religiosas.....	130
a) <i>Planteamiento, conexión con el derecho de protección de datos y primeros precedentes</i>	130
b) <i>El artículo 136 párrafo 3º de la Constitución de Weimar</i>	134
c) <i>El artículo 27, párrafo 4º de la Constitución de la República Española de 1931</i>	138
B) Los derechos de los funcionarios sobre su propio expediente personal en la Constitución de Weimar.	139
4.5. La explosión de la preocupación por la intimidad en la segunda posguerra mundial.....	141
4.6. Los comités de estudio de la privacidad y las recomendaciones de organismos internacionales	147
4.7. Los desarrollos jurídicos en reconocimiento de la intimidad en la segunda mitad del siglo XX	152

A)	La constitucionalización de la intimidad	152
a)	<i>Las Declaraciones internacionales de derechos</i>	152
b)	<i>El hallazgo de la “privacy” como derecho constitucional en la jurisprudencia del SCOTUS</i>	154
c)	<i>El art. 2.1 GG y la jurisprudencia de los tribunales alemanes</i>	159
d)	<i>La aparición del derecho a la intimidad en textos constitucionales</i>	160
B)	El reconocimiento legislativo en algunos países	161
C)	La transformación del concepto de intimidad	163
5. EL CAMINO HACIA LA PRIMERA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS.....		169
5.1.	Los primeros ordenadores y la informatización	169
A)	El ordenador como fenómeno histórico concreto.....	169
B)	Los primeros ordenadores, la era comercial de la informática y los primeros tratamientos de datos personales.....	174
C)	La revolución informática	176
5.2.	El miedo al ordenador y su permanencia en el tiempo	178
5.3.	El comienzo exacto de la preocupación por el efecto negativo de los ordenadores sobre la intimidad y otros derechos de la persona	182
5.4.	Los factores conducentes al nacimiento del derecho de protección de datos.	187
A)	La pluralidad de influencias en la aparición de la protección de datos	187
B)	La preocupación jurídica por la intimidad	188
C)	El impacto social de los ordenadores.....	190
D)	El recuerdo de abusos de la información personal durante los totalitarismos.	196
E)	Los detonantes de la aprobación de las primeras leyes	199
5.5.	El papel de la doctrina científica	206
A)	La primera doctrina jurídica sobre “ <i>computers and privacy</i> ”	206
B)	La crítica alemana a la Teoría de las Esferas	209
C)	Los peligros de la informática en la doctrina jurídica	214
5.6.	El término “protección de datos”.	223
6. LA ERA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS		227
6.1.	La <i>Datenschutzgesetz</i> de Hesse y su contexto.....	227
6.2.	Una aclaración sobre las “generaciones de leyes de protección de datos”	231
6.3.	Las leyes del primer periodo.....	234
A)	Las leyes europeas	234
a)	<i>Las leyes suecas de 1973</i>	234
b)	<i>La Ley del Land de Renania-Palatinado de 1974</i>	238
c)	<i>La Ley federal alemana de 1977</i>	238
d)	<i>La Ley francesa de 1978</i>	241
e)	<i>Las leyes danesas de 1978</i>	243
f)	<i>La Ley noruega de 1978</i>	245
g)	<i>Otras leyes y normas nacionales</i>	246
h)	<i>Otras leyes de Länder alemanes</i>	247
B)	Las leyes anglosajonas.....	248
a)	<i>Características de la aproximación anglosajona a la protección de datos</i>	248
b)	<i>Las leyes reguladoras de los servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito</i>	250

c) <i>La Privacy Act de 1974</i>	252
d) <i>Otras leyes iniciales del grupo anglosajón</i>	255
C) Recapitulación: la procedencia de las modernas instituciones de la protección de datos de las primeras leyes de protección de datos y su orientación teleológica	256
6.4. Los primeros pasos hacia la constitucionalización formal de la protección de datos	259
A) La Constitución portuguesa de 1976.....	259
B) La Ley federal austriaca de 1978 y su disposición constitucional...	261
C) La Constitución española de 1978.....	263
D) La reforma de 1978 de la Constitución del Land de Renania del Norte-Westfalia.....	269
E) La reforma de la Ley canadiense de derechos humanos en 1982....	270
F) La reforma de 1983 de la Constitución holandesa.....	271
6.5. Los primeros instrumentos internacionales	271
6.6. La “Volkszählungsurteil” de 1983	275
6.7. Las secuelas de la “Volkszählungsurteil” en la constitucionalización de los años posteriores	280
7. CONCLUSIONES	289
BIBLIOGRAFÍA	300
RESUMEN	367
ABSTRACT	368

ABREVIATURAS

(coord.)	coordinador
(dir.)	director
(ed.)	editor
ABl. SL I	<i>Amtsblatt des Saarlandes I</i> [Boletín Oficial del Sarre, Parte I]
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
art.	artículo
BBl.	<i>Schweizerisches Bundesblatt</i> [Boletín de leyes federal suizo]
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> [Código Civil alemán]
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> [Boletín de leyes federal, Alemania]
BGBI. Ö	<i>Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich</i> [Boletín de leyes federal para la República de Austria]
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i> [Resoluciones del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos civiles].
BOC	Boletín Oficial de las Cortes
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> [Tribunal Constitucional Federal alemán].
BVerfGE	<i>Bundesverfassungsgerichts Entscheidungen</i> [Decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán], publicación oficial de resoluciones del BVerfG
C 108	Convenio número 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de Enero de 1981
CC	Código Civil español
CDFUE	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución española de 1978
cfr.	confróntese
cit.	citado, a
COSATI	<i>Committee on Scientific and Technical Information</i>
CP	Código Penal español de 1995.
CPDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950
DAC	<i>Diário da Assembleia Constituinte</i> [Diario de la Asamblea Constituyente, Portugal]
DOCDE	Directrices en relación con el flujo internacional de datos personales y la protección de la intimidad y las libertades fundamentales, aprobadas por Recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de septiembre de 1980.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOU	<i>Diário Oficial da União</i> [Diario Oficial de la Unión, Brasil]
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Dz. U.	<i>Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej</i> [Diario de Leyes de la República de Polonia]
EEE	Espacio Económico Europeo
ed.	Edición
et alii.	y otros
etc.	Etcétera
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i> [Oficina federal de investigación]
FJ	Fundamento jurídico
GBl. B-W	<i>Gesetzblatt Baden-Württemberg</i> [Boletín oficial del Estado de Baden-Wurtemberg]

GBL. HB	<i>Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen</i> [Boletín oficial del Estado Libre Hanseático de Breme]
G.U.	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> [Gaceta Oficial de la República Italiana]
Ges-Stamml.	<i>Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten</i> [Colección de leyes del Estado del Reino de Prusia, Alemania]
GG	<i>Grundgesetz</i> [Ley Fundamental de Bonn de 1949, Alemania]
GM	Gaceta de Madrid
GT29	Grupo de Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE
GVOBl. BE	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin</i>
GVOBl. BY	<i>Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt</i> [Boletín oficial del Estado de Baviera]
GVOBl. HE I	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen, Teil I</i> [Boletín oficial del estado de Hesse, Parte Primera]
GVOBl. HH	<i>Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt I</i> [Boletín Oficial de la Ciudad de Hamburgo Parte I]
GVOBl. M-V	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Mecklenburg-Vorpommern</i> [Boletín oficial del estado de Mecklemburgo-Pomerania Occidental]
GVOBl. NI	<i>Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt</i> [Boletín oficial del Estado de Baja Sajonia]
GVOBl. N-W	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen</i>
GVOBl. RP	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Rheinland-Pfalz</i> [Boletín oficial del estado de Renania-Palatinado]
GVOBl. Schl-H	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein</i>
JOGLD	<i>Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg/Amtsblatt des Großherzogtums Luxemburg</i> [Boletín Oficial del Gran Ducado de Luxemburgo]
JORF	<i>Journal officiel de la République française</i> [Diario Oficial de la República Francesa]
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
LORTAD	Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal
M.B.	<i>Moniteur belge/Belgisch Staatsblad</i> [Boletín de leyes belga]
NSWGG	<i>New South Wales Government Gazette</i> [Gaceta del Gobierno de Nueva Gales del Sur]
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
QGG	<i>Queensland Government Gazette</i> [Gaceta del Gobierno de Queensland]
op. cit.	obra citada
op. y loc. cit.	Obra y lugar citados
p.	página
RENFE	Red Nacional de Ferrocarriles Españoles
RGBL.	<i>Reichsgesetzblatt</i> [Boletín de leyes imperial, Alemania]
RGSt:	<i>Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen</i> [Resoluciones del Tribunal del Reich en asuntos penales].
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen</i> [Resoluciones del Tribunal del Reich en asuntos civiles].
RHSA	<i>Reichssicherheitshauptamt</i> [Oficina Central de Seguridad del Reich] o,
RLOPD	Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de

carácter personal.

s.	siguiente
SAGG	<i>South Australia Government Gazette</i> [Gaceta del Gobierno de Australia del Sur]
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SCOTUS	<i>Supreme Court of the United States</i> [Tribunal Supremo de los Estados Unidos]
Sec.	Sección
SFS	<i>Svensk författningssamling</i> (Código de Leyes de Suecia)
Stat.	<i>Statutes at large</i> [Leyes por extenso recopilación oficial de leyes en Reino Unido y Gran Bretaña]
Stb.	<i>Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden</i> [Boletín oficial del Reino de los Países Bajos]
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo español.
U.S.	<i>United States Reports</i> [Recopilación oficial de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano]
UE	Unión Europea.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
URSS	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
VGC	<i>Victoria Government Gazette</i> [Gaceta del Gobierno de Victoria]
vid.	<i>vide</i> [véase]
vol.	Volumen, Volume
WV	<i>Weimarer Verfassung</i> [Constitución de Weimar]

1. PLANTEAMIENTO Y METODOLOGÍA

1.1. El derecho de protección de datos personales y la fijación de un marco cronológico para su estudio desde un punto de vista histórico

Es imposible resumir la protección de datos en dos o tres líneas¹. Tomamos esta frase clarificadora de De Hert y Gutwirth para colocarla como pórtico de este estudio, al igual que ellos lo hacen al comienzo del suyo, como primera indicación de la complejidad de la investigación que vamos a emprender y por tanto, de lo difícil que resulta formular en pocas palabras un esquema comprensivo de todas las normas jurídicas relacionadas con este concepto. Esta complejidad deriva, continuando con estos dos autores, del hecho de que bajo la expresión verbal “*protección de datos*” subyace una pluralidad de intereses e ideas diferentes relativas al procesamiento de datos personales. Una rápida comprobación empírica, por decir así, permite corroborar lo dicho. Si, por ejemplo, acudimos a los últimos *Informes anuales* que elabora el GT29², donde se recogen los principales desarrollos y decisiones que se han tomado en materia de protección de datos por las instituciones de la UE y las de todos y cada uno de los países miembros del EEE, encontramos que la cuestión de la protección de datos interfiere en un buen número de diferentes situaciones jurídicas³. Aplicando o

¹ DE HERT, P.; GUTWIRTH, S., «European Data Protection's constitutional project», en GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; DE HERT, P.; DE TERWANGNE, C.; NOUWT, S., *Reinventing Data Protection?* (Dordrecht, Springer, 2009), 3-44, p. 3: “it is impossible to summarise data protection in two or three lines”.

² Tomamos esta información de los seis últimos publicados, en los que hay una clara continuidad en la temática y preocupaciones: ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, *Eleventh Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy in the European Union and in third countries, covering the year 2007* ([Brussels], European Communities, 2008); , ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, *Twelfth Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy in the European Union and in third countries, covering the year 2008* ([Brussels], European Communities, 2009); ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, *Thirteenth Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy in the European Union and in third countries, covering the year 2009* ([Brussels], European Communities, 2010); , ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, *Fifteenth Report of the Article 29 Working Party on Data Protection, covering the year 2011* (Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015); ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, , *Fourteenth Report of the Article 29 Working Party on Data Protection Covering the year 2010* (Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013); ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, , *Sixteenth Report of the Article 29 Working Party on Data Protection, covering the year 2012* (Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015).

³ No nos mueve ningún especial afán de rigor dogmático en la elección de este término. Hemos tratado de elegir una expresión que recoja todas aquellas situaciones de la vida social que resultan relevantes desde el punto de vista jurídico, y de las que, por tanto, el derecho deriva alguna consecuencia jurídica: desde una relación negocial privada, hasta cualquier supuesto en que un particular se encuentra sometido al derecho público o resulte afectado por un proceso, incluyendo también los casos de ilícito civil, que obliga a indemnizar, o penal, que conlleva una pena. Los civilistas, desde antes de Savigny, vienen hablando de “*relación jurídica*” o “*relación de derecho*”. Véase sobre esto, GUZMAN BRITO, A., «Los orígenes del

interpretando las normas de protección de datos, las diversas autoridades de protección de datos, y los órganos jurisdiccionales que revisan sus decisiones, declaran inadmisibles ciertos actos, fijan las condiciones de legitimidad de otros, dan prioridad a unos bienes o intereses frente a otros, sugieren realizar los tratamientos de datos de cierta manera u omitir algunas partes de los mismos, y todo ello sea por la vía de dictar resoluciones, dar instrucciones, expresar opiniones, imponer sanciones, realizar inspecciones o emitir dictámenes. Toda esta abundante actividad de creación del derecho, bajo una notable coincidencia de planteamientos entre órganos reguladores de muchos países diferentes, se refiere a prácticamente a cualquier situación jurídica: desde el poder de dirección de los empresarios sobre su personal, hasta las relaciones entre las entidades bancarias y sus clientes, la asistencia sanitaria, el marketing directo, el recobro, las telecomunicaciones, el transporte de pasajeros, las relaciones paterno-filiales, o la actividad administrativa en general y en muchas de sus manifestaciones en particular, como la gestión tributaria. Debe reseñarse que muchas actuaciones de estas autoridades afectan a derechos, bienes o instituciones de indudable alcance constitucional, lo que quiere decir que los organismos reguladores se están ocupando también de lo que tradicionalmente se ha considerado materia propia de la Constitución⁴, y por tanto del estudio jurídico de la misma, el derecho

concepto de “Relación Jurídica” (*“Rechtliches Verhältnis”, “Rechtsverhältnis”*)», *Revista de estudios histórico-jurídicos* (2006), XXVIII, 187- 226; en SAVIGNY, M.F.C. DE, *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo I* (Madrid, F. Góngora y Compañía, 1878), se encuentra la teoría de la relación jurídica en el libro II, capítulo I, § LII y s., p. 222 y s. Es concepto muy discutido, que implica la existencia de dos elementos en conexión. Para Enneccerus, por ejemplo, sería “una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)”, véase ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, vol 1º. Parte General* (Barcelona, Bosch, 1934), p. 285. Para Castán, de forma más llana y comprensible, “una relación de la vida práctica, a la que el Derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos o, en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte por el Derecho”, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral, T. I, Vol. 2º* (Madrid, Reus, 1987), p. 3-4. También los administrativistas o procesalistas han utilizado el concepto, entre múltiples disputas doctrinales, como “relación jurídica administrativa” o de “relación jurídica procesal”. Por ejemplo, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo, I, Parte General* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976), cuyo capítulo 2 se dedica a la “Teoría de la relación jurídica administrativa”, p. 347 y ss., o GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, R., *Curso de derecho Administrativo, I* (Madrid, Civitas, 1986) p. 40 y 41; entre los procesalistas, DE LA OLIVA, A.; FERNÁNDEZ, A., *Derecho Procesal Civil, I* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, Septiembre 1992), p. 277 y s. Asimismo, un autor muy influyente antaño en la doctrina jurídica española, Jaime GUASP, construye toda su teoría general del derecho sobre la base del concepto de “relación jurídica”, que define como “una relación de vida social ordenada por el derecho”, GUASP, J., *Derecho* (Madrid, Gráficas Hergon, Octubre 1971), p. 85. Pero, al ser extraña la expresión en otras ramas del derecho, y no dejar de ser discutido el concepto allí donde se usa, hemos preferido usar aquí “situación jurídica”. Quizá lo más correcto fuera hablar aquí de “supuesto de hecho” (*“Tatbestand”*), como simple antecedente de una consecuencia o efecto jurídico, expresión que, como recuerda Enneccerus, “ha sido creada por la ciencia del derecho penal (...) [pero] recogida por la doctrina del derecho privado”, *op. cit.*, p. 5. En todo caso, la situación en que alguien realiza un tratamiento de datos personales puede ser entendida como una situación jurídica en sí misma.

⁴ Nos referimos al tipo de materias que regula una constitución. Valdría a este respecto la conocida definición de Jellinek, según la cual, “en general”, la Constitución comprende “los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento

constitucional: derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, especialmente por nacionalidad o raza; el secreto de las comunicaciones y la interceptación de las mismas; el derecho de defensa y los derechos fundamentales relacionados con la función jurisdiccional (presunción de inocencia, derecho al juicio debido, etc.); el derecho de petición y el derecho de participación en los asuntos públicos; la libertad de expresión, el derecho a la información y la actividad de los medios de comunicación social; el control del parlamento al gobierno y el derecho de los parlamentarios a recabar información en el ejercicio de sus funciones, o en el marco de comisiones de investigación; las leyes de transparencia, libertad de información o de acceso público a la información; y finalmente, el proceso electoral, ámbito que incluye aspectos relevantes para la protección de datos, como la cuestión del voto electrónico, o la propaganda electoral que hace uso de datos personales. Todo esto, y mucho más, es hoy la protección de datos. Pero hablar de protección de datos es hoy, por supuesto, hablar de derecho fundamental de la protección de datos, ya que en muchos países, sobre todo en los de nuestro entorno europeo, ésta es la consideración que los diversos ordenamientos jurídicos atribuyen al conjunto de las normas jurídicas que regulan el tratamiento de datos de carácter personal. Resulta de enorme interés, en cualquier caso, señalar que el encaje constitucional de la protección de datos es muy diverso, como recuerdan De Hert y Gutwirth⁵. En países como Bélgica y Holanda, la protección de datos se ha vinculado desde el comienzo a la intimidad protegida constitucionalmente. En otros como Francia y Alemania, que carecen de reconocimiento de la intimidad en sus Constituciones, han buscado otros anclajes de la protección de datos en el sistema constitucional de valores: en Francia se basa en la libertad, y en Alemania en el reconocimiento de la dignidad humana⁶.

del derecho de los súbditos”; cfr. JELLINEK, G., Teoría general del Estado (México, Fondo de cultura económica, 2002), p. 479. No es necesario entrar aquí en ninguna polémica sobre el sentido material de la Constitución. Ciertamente, quienes defienden este tipo de conceptos materiales de la constitución han sido acusados a menudo de “justificacionismo” del régimen político bajo el que escriben, sea el conservador Reich alemán de 1870 o el fascismo italiano, como en este último caso tiende a interpretarse hoy la importante obra de MORTATI, C. La constitución en sentido material (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000). Pero es notorio que hoy predomina un sentido material concreto de la constitución, según el cual esta sólo puede ser considerada aquella que sigue las líneas ideológicas del famoso artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789: “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”. Citamos por la versión que figura como Apéndice en JELLINEK, G., La declaración de derechos del hombre y del ciudadano (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), p. 197-199. Bajo este criterio, también obviamente la protección de datos incide en la “materia constitucional”.

⁵ DE HERT; GUTWIRTH, «European Data Protection’s constitutional project», *op. cit.*, p. 10.

⁶ Como recuerda Arenas Ramiro, la mayoría de estados firmantes del CPDH no reconocen expresamente en sus constituciones un derecho fundamental a la protección de datos, sino que han sido sus Tribunales constitucionales los que han ido interpretando que la protección de datos personales quedaba incluida, bien dentro del ámbito protegido por el derecho a la vida privada, o bien dentro del ámbito protegido por otro derecho fundamental; cfr. ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa* (Valencia, Tirant lo Blanch/Agencia Española de Protección de datos, 2006), p. 79.

Otros países, como Portugal y España, y más recientemente Grecia, Polonia, Hungría o República Checa, tienen preceptos que regulan de forma específica, con mayor o menor alcance, la cuestión de la informática y los ordenadores y sus peligros para las personas, y en esos artículos se basa el carácter constitucional de la protección de datos. Sin embargo, el resultado final es muy similar en todos los países. Y es que en esta materia parece que, parafraseando a Rudolf Smend, “*si dos constituciones no dicen lo mismo, es lo mismo*”⁷. Por supuesto, todas estas tradiciones son diferentes de la norteamericana, que tiene que ver más con principios del derecho público, como la transparencia y la información al ciudadano⁸.

En las páginas que siguen, se realizará una aproximación histórica a este fenómeno jurídico peculiar de la edad contemporánea. “*A priori*”, esta investigación se enfrenta a dos dificultades serias. La primera es la propia pluralidad de intereses y la gran complejidad que subyace bajo el concepto de la protección de datos, como acabamos de indicar, lo que nos podría llevar a tener que analizar una prácticamente inabarcable cantidad de instituciones y ámbitos históricos. La segunda es la propia novedad del derecho de protección de datos, que arranca propiamente en 1970. Al ser un sector del ordenamiento jurídico particularmente moderno, pudiera pensarse que carece del recorrido temporal suficiente para justificar un estudio de su historia. Sin embargo, creemos que el análisis histórico del conjunto de instituciones de que conforman hoy la legislación de protección de datos es no sólo necesario, sino también posible. Para ello hay que acotar la investigación a aquellos elementos que tienen una continuidad reconocible con las primeras leyes de protección de datos, y con las primeras manifestaciones constitucionales de la protección de datos, no en el sentido de regulación de una tecnología concreta (evidentemente, antes de los ordenadores no podía existir normas jurídicas que regularan su uso), sino en el de su finalidad, propósito o “*ratio*”, que es controlar el uso de la información personal para que la persona humana no sea perjudicada, en sus derechos, su dignidad, sus bienes o sus intereses legítimos y posibilitar el ejercicio de su derecho de autodeterminación.

Bajo estos parámetros, el estudio se ubica en los prácticamente cien años que transcurren entre dos fechas emblemáticas: 1890 y 1983. La primera fecha, la de 1890, se corresponde con la publicación del célebre artículo de Samuel D. Warren

⁷ La frase original de Smend, que cita Häberle, es: “*cuando dos leyes fundamentales dicen lo mismo, ello no significa que sea lo mismo*”, cit. en HÄBERLE, P., *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura* (Madrid, Tecnos, 2000), p. 45. La frase la pronunció Smend en 1951.

⁸ DE HERT; GUTWIRTH, «European Data Protection’s constitutional project», *op. y loc. cit.*

y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy* [*El derecho a la intimidad*]⁹. El año 1890 es una fecha decisiva en la historia de la protección de datos, porque marca el comienzo de la evolución que llevaría, ochenta años después, a la aparición de las primeras leyes que recogen este planteamiento y forma de pensar. Desde luego, está muy extendida la creencia de que el origen más remoto de la actual legislación de protección de datos debe buscarse en esta contribución doctrinal. Es tal la cantidad de artículos y publicaciones que lo afirman, que su cita queda excusada: se trata ya de un auténtico lugar común. Pero la fecha de 1890 es importante en la historia de la protección de datos también por otro motivo bien distinto. Una somera investigación sobre el proceso evolutivo que ha llevado a los actuales ordenadores conducirá, de inmediato, a la constatación de que una de las primeras fabricaciones humanas capaces de procesar información automáticamente fue diseñada con la expresa finalidad de manejar datos de personas: nos referimos las máquinas de tarjetas perforadas que Herman Hollerith creó y que fueron empleadas en la confección del censo de los Estados Unidos de 1890. Esta tecnología, que forma parte de los ancestros de la moderna informática, produjo un enorme ahorro de tiempo y esfuerzo en la elaboración de ese censo, y de los posteriores, en Estados Unidos y en otros países. Pero también fue utilizada en los años 30 y 40 del siglo XX para contar, seleccionar, clasificar y distribuir seres humanos para las finalidades criminales que perseguía el régimen nazi alemán. Por tanto, antes de que se generalizaran la actual tecnología informática, ya se había manifestado esa doble cara que supone la tecnología de la información para el hombre y la sociedad: si por un lado, trae enormes ventajas susceptibles contribuir a mejorar la vida humana en casi todos los aspectos, por otro, esas capacidades pueden ser empleadas contra el propio hombre, su dignidad y derechos. Debe aclararse aquí que el motivo de comenzar el estudio en 1890 no es sólo reducir el ámbito del trabajo a un segmento manejable en un trabajo académico de estas características, sino sobre todo, el dato decisivo de que con el artículo de Warren y Brandeis aparece propiamente, por primera vez en la historia, un reconocimiento jurídico claro de la intimidad. Antes de él, el mundo del derecho no había considerado a la intimidad como un interés merecedor de protección jurídica. Y la intimidad es, sin lugar a dudas, el contexto principal en el que se mueve la protección de datos, o como dice Prieto Gutiérrez, “*el referente ineludible*”¹⁰ de este sector del ordenamiento. Por tanto, es lógico que con el

⁹ WARREN, S.D.; BRANDEIS, L.D. «The right to privacy» *Harvard Law Review* (1890 [15 diciembre 1890]), Vol. 4, No. 5, p. 193-220. El artículo se publicó originariamente en 1890, y posteriormente se introdujo en el volumen IV de la revista aparecido ya en 1891. Versión española en WARREN, S.D.; BRANDEIS, L.D., *El derecho a la intimidad* (Madrid, Civitas, 1995).

¹⁰ PRIETO GUTIÉRREZ, J. M. «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (I)» *Boletín del Ministerio de Justicia* (1 de septiembre de 2004), Núms. 1971-1972, 3119-3146, p. 3124-3125.

derecho a la intimidad comience la fase decisiva en el camino que lleva a la protección de datos.

No es necesario remontarse mucho más atrás. Debe tenerse en cuenta que la intimidad es un valor que se había ido consolidando sólo desde el predominio de la clase social burguesa y la aparición del individualismo, desde aproximadamente el fin de la Baja Edad Media, que da paso al “*Renacimiento*” y el “*Humanismo*”, términos decididamente ambiguos que apenas si sirven para describir la evolución de dos o tres siglos desde el “*otoño de la Edad Media*” descrito por HUIZINGA¹¹, hasta la plena Edad Moderna. Aquí se produce un cambio de mentalidad en el hombre, que a partir de entonces llamamos con justicia “*moderno*”. Por eso, seguramente la palabra más acertada para referirse a este conjunto de fenómenos es “*Modernidad*”. La autoafirmación del individuo produce el individualismo, y éste, la demanda de intimidad como un bien deseable, que termina siendo protegido por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, “*el comercio es cálculo*”, como dijo Constant¹², y los burgueses capitalistas de la Edad Moderna necesitan más y más información para poder calcular si un negocio u operación son suficientemente rentables. El capitalismo a la postre acaba llevando al tratamiento masivo de datos personales, cuando los empresarios comienzan a ofrecer bienes y servicios al gran público. Y sobre todo, el Estado moderno es el vector impulsor más decisivo para el tratamiento de datos de carácter personal. Como dice Giddens, todos los Estados han sido sociedades de la información, puesto que la generación del poder estatal presupone un control consciente de todo el sistema, lo que implica la recogida, el almacenaje y el control sistemático de la información con fines administrativos. Pero el Estado-nación, con su peculiarmente alto nivel de unidad administrativa, ha llevado este principio a un grado mucho mayor que cualquier otro antes¹³. El Estado moderno, que es esencialmente un Estado burocrático¹⁴, ejerce su dominio, además de con la fuerza cuando es preciso, a través del conocimiento. Ciertamente, en estas transformaciones se encuentran las bases de la evolución que acaba conduciendo a la aparición de la protección de datos en la segunda mitad del siglo XX. Pero hasta 1890 no aparece el verdadero punto de inflexión. Ni antes existe el derecho a la intimidad, ni tampoco se producen de forma sistemática y generalizada tratamientos de datos masivos, ni

¹¹ HUIZINGA, J., *El otoño de la edad media* (Madrid, Revista de Occidente, 1971).

¹² CONSTANT, B. *Escritos políticos*, (Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1989), «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», 257-285, p. 263: “*la guerra es impulso, el comercio es cálculo*”.

¹³ GIDDENS, A., *The Nation-State and Violence, Volumen Two of A Contemporary Critique of Historical Materialism* (Oakland, CA, University of California Press, 1985), p. 178.

¹⁴ WEBER, M., *El Político y el científico* (Madrid, Alianza Editorial, 1969), «La política como vocación», 81-179, p. 91, “... *el Estado burocrático, cuya forma más racional es, precisamente, el Estado moderno*”.

hay tampoco tecnologías de tratamiento de la información que puedan llevar a la percepción de un peligro para la persona. Es este momento del final del siglo XIX cuando se intensifica la tendencia que se registra desde el comienzo de la Edad Moderna, cuando los sistemas organizados y estructurados de información personal se convierten en una necesidad cada vez más imperiosa del Estado y de otras organizaciones y cuando la evolución tecnológica y la conciencia social marcan el auténtico comienzo del camino hacia el derecho de protección de datos. Parece evidente, sin necesidad de mayor profundización, que el ámbito temporal de continuidad histórica de la protección de datos no se extiende hacia el pasado mucho más allá de ese año 1890. Pero como veremos, tampoco la intimidad surgió espontáneamente de la nada.

La otra fecha emblemática, en la que terminaremos el estudio, es el año 1983. En esa fecha, justo a las puertas de las muy simbólicas resonancias orwellianas del año 1984, se dictó la famosa Sentencia del *BVerfG* de 15 de diciembre de 1983, que anuló algunos artículos de la Ley federal del censo de 25 de marzo de 1982 (“*Volkszählungsurteil*”)¹⁵. Cualquier historia de la protección de datos tiene que referirse necesariamente a esta sentencia. Se trata de una resolución capital en la determinación del contenido de este nuevo derecho, tal y como lo conocemos hoy, ya que ha tenido una notabilísima importancia en muchos países del ámbito europeo occidental, y desde luego también en el nuestro. Tendremos oportunidad de analizar la sentencia más en detalle, pero su tesis principal es que, en la sociedad tecnológicamente avanzada que nos rodea, el ser humano no puede ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 2.1 GG (“*Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*”) sin ciertas garantías que impidan la utilización masiva de información en detrimento de los ciudadanos. Es innegable el influjo de esta idea principal, pero también de algunas formulaciones verbales que contiene la sentencia, en la Exposición de motivos de la LORTAD, texto indudablemente brillante en la forma y que seguramente es la expresión más acabada del espíritu de la protección de datos en lengua española. Pero también se percibe indudablemente la influencia de esta sentencia en la jurisprudencia constitucional española. Así, mientras la sentencia alemana afirma que “*la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos la protección del individuo contra la recogida, el*

¹⁵ *BVerfGE* 65, 1 (*Urteil des Ersten Senats vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983*, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83). Hay versión española, por la que citaremos en este estudio: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, «Sentencia de 15 de diciembre de 1983» *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (1984) Núm. 33, IV, Jurisprudencia Constitucional Extranjera, p. 126-170. La Ley anulada era: ALEMANIA. *Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung, vom 25 März 1982 (Volkszählungsgesetz 1983)* [Ley sobre un censo de población, profesiones, viviendas y centros de trabajo, de 25 de marzo de 1982 (Ley del censo 1983)]. *BGBI.*, 31. März 1982, I, Nr. 13, S. 369-373.

almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona (...) el derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y la utilización de los datos personales”¹⁶, para el TC, “*el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso* (STC 292/2000, FJ 7º). Se trata de formulaciones prácticamente equivalentes, conscientemente no técnicas, sino más bien programáticas o en el nivel de los principios, por lo que dependen en su aplicación concreta del desarrollo que se realice a través de las leyes de protección de datos, y por supuesto, de la interpretación de las mismas.

Pero no se trata sólo de la coincidencia en los contenidos. En efecto, lo relevante de la “*Volkszählungsurteil*” no es sólo la formulación expresa de las líneas fundamentales de la protección de datos en los términos expuestos, ni la popularización de la expresión “*derecho a la autodeterminación informativa*” (“*Recht auf Informationelle Selbstbestimmung*”) que muchas veces se emplea como sinónimo de “*derecho a la protección de datos personales*”, sino el “*descubrimiento*” de un nuevo derecho fundamental sin un apoyo textual claro en la literalidad de la Constitución. En este sentido, la STC 254/1993, salvando las distancias, es la “*Volkszählungsurteil*” española, y en ella el TC emuló el papel jugado por el *BverfG* en 1983¹⁷, como se puso de manifiesto de forma implícita, pero clarísima, unos años después, en el Voto particular a la STC 290/2000 formulado por el Presidente Jiménez de Parga con la adhesión del magistrado De Mendizábal Allende, en que expresan su opinión acerca de que el fundamento del nuevo derecho fundamental a la protección de datos no debiera derivar del art. 18.4 CE, sino del art. 10.1 CE, al ser un “*derecho inherente a la dignidad de la persona*”. La “*Volkszählungsurteil*” introduce, pues, a la protección de datos en el entorno cambiante, movable, flexible, casi diríamos *dúctil* (recurriendo a un adjetivo de moda)¹⁸, pero también vivo y polémico, del constitucionalismo actual. Ciertamente, no es posible comprender la situación presente del constitucionalismo de los derechos sin mirar a la protección de datos, que es, creemos, una parte muy relevante de aquel. Pero tampoco es posible comprender

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, «Sentencia de 15 de diciembre de 1983», *op. cit.*, p. 153.

¹⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa* (Madrid, Civitas, 2004), p. 345.

¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil* (Madrid, Trotta, 1995).

el estado actual de la protección de datos sin tener muy presente la evolución del constitucionalismo en los últimos 30 o 40 años. La protección de datos se ha desarrollado en un periodo de tiempo en el que el constitucionalismo, según hemos señalado, ha evolucionado también de forma intensa y radical. Y esto ha marcado una impronta indeleble en ella. Como veremos a lo largo de este estudio, es dudoso que primero existiera la protección de datos y luego se “*constitucionalizara*”, si se nos permite hablar de este modo. El testimonio de Denninger sobre los efectos de la “*Volkszählungsurteil*” es aquí esclarecedor. Según afirma, esta sentencia lo único que hace es completar la jurisprudencia de los tribunales alemanes sobre el derecho general a la personalidad (“*allgemeine Persönlichkeitsrecht*”), derivando las consecuencias para el tratamiento electrónico de datos, después de haber reconocido y aceptado el derecho a la autodeterminación de la personalidad humana, reconocimiento que comenzó varias décadas atrás, con la sentencias sobre la Ley de ayuda a la inversión (1954) o del caso *Lüth* (1958)¹⁹, que son las que iniciaron las nuevas orientaciones del derecho constitucional alemán que perduran hasta hoy. Por tanto, la “*Volkszählungsurteil*” se dicta dentro de la línea del “*pensamiento sobre el orden de valores*”, que se ha mantenido constante pese a algunas críticas²⁰. Con esta resolución, ya están sentadas todas las bases que llevarán, sin cambios reseñables, a la situación actual que tenemos en la mayor parte de ordenamientos jurídicos del mundo desarrollado. Y aquí acabará nuestro estudio, ya que tampoco ha parecido necesario realizar un análisis pormenorizado de estos momentos posteriores, en los que se encuentran desarrollos jurídicos como la jurisprudencia constitucional española sobre el derecho de protección de datos personales, la aprobación de la Directiva 95/46/CE, o la incorporación del artículo 8 a la CDFUE, todos ellos mucho más conocidos y estudiados.

1.2. Un apunte metodológico

No es este el lugar de realizar una larga disquisición acerca de los métodos y técnicas de la investigación jurídica en la actual ciencia del derecho constitucional. Además, parece que ha pasado la época álgida de la disputa metodológica en esta rama del derecho, al menos en el ámbito continental europeo. Escribe Oliver Lepsius que la ciencia alemana del derecho constitucional bajo la República Federal de Alemania se ha movido en tres fases sucesivas. De estar centrada inicialmente en cuestiones metodológicas que permitieran encontrar criterios de

¹⁹ BVerfGE 4, 7 (15) y BVerfGE 7, 198 (205)

²⁰ DENNINGER, E. «El derecho a la autodeterminación informativa», en PEREZ LUÑO, A-E. (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Madrid, Tecnos-Fundación cultural Enrique Luño Peña, 1987), 68-276, p. 271

decisión jurídico-constitucionales, en clara continuidad con los debates mantenidos por los grandes clásicos bajo la República de Weimar, pasó a partir de 1960 a una moderación metodológica primero y a una clara aversión al método después, de modo que la resolución de los problemas materiales quedó completamente desvinculada de la cuestión de los métodos y de las preguntas teóricas relativas al origen y contenido histórico, filosófico, sociológico y político de las instituciones, limitándose en general la doctrina al estudio de casos específicos enjuiciados por el *BVerfG*, en cuyo seno por cierto no había discusiones metodológicas, según declaró Konrad Hesse, que fue presidente de este tribunal. Finalmente, a partir de 1980 se ha venido produciendo, en el contexto de la resolución de asuntos sustantivos, una cierta vuelta a aspectos teóricos, y a prestar atención al método, a la interdisciplinariedad de la ciencia jurídica y a las relaciones con otras ciencias vecinas²¹. En España, la cuestión metodológica se ha movido por parámetros temporales y circunstancias de base distintas, pero quizá ha tenido fases análogas en parte a las de la doctrina alemana: primero la polémica derivada de la situación heredada en el momento de la instauración del régimen constitucional de 1978²², luego el abandono de la reflexión metodológica y probablemente no ha llegado todavía con rotundidad esa tercera fase de redescubrimiento de las cuestiones metodológicas, quizá porque

²¹ LEPSIUS, O. «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal alemana», *Historia Constitucional*, 2008, 9, p. 259-295 p. 58 y s. La cita de Konrad Hesse en nota 107.

²² Queda muy lejana la polémica metodológica entre los profesores Pablo Lucas Verdú y Eduardo García De Enterría, que tuvo lugar casi en los comienzos del régimen constitucional, y se expresó básicamente a través de un par de artículos cruzados en 1982 en la *Revista de Derecho Político*, publicada por la UNED; LUCAS VERDÚ, P. «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo» *Revista de Derecho Político* (Primavera 1982), Núm. 13, p. 7-52; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «El Derecho Constitucional como Derecho» *Revista de Derecho Político* (Otoño 1982), Núm. 15, p. 7-20.

En síntesis, mientras García De Enterría afirmaba la continuidad metodológica del derecho constitucional con el resto de ramas del derecho y la necesidad de partir del análisis de la normas jurídicas vigentes, Lucas Verdú rechazaba que el objeto exclusivo de la disciplina, que prefería denominar, al modo tradicional, como Derecho político, fuera la construcción de una jurisprudencia de conceptos y una dogmática basada únicamente en el derecho positivo, sino que reivindicaba la necesidad de dedicar atención a los elementos históricos, sociológicos, políticos y filosóficos. Pero se trataba indudablemente de una controversia menor, como indican LÓPEZ GUERRA, L. «Algunas notas sobre el desarrollo de la doctrina constitucionalista española» *Revista catalana de dret públic* (2010), núm. 41, 85-116, p. 93-94, y Garrorena Morales en ARAGÓN REYES, M.; Díez-PICAZO, L.; FERNÁNDEZ MIRANDA, A.; GARRORENA MORALES, Á.; LÓPEZ GUERRA, L. «Encuesta: orientación actual del derecho constitucional» *Teoría y realidad constitucional* (2008), Núm. 21, 17-70, p. 24. Lo que no obsta a que sus ecos se hayan prolongado en el tiempo. Lucas Verdú, en su introducción a la versión española de la gran obra de SMEND, R., *Constitución y derecho constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985), habla con desprecio de la “la práctica abogadesca que rebaja la dignidad de la disciplina”, de que entre los especialistas del derecho constitucional se ha impuesto un positivismo tedioso, y que las ideas de la “*Integrationslehre*” de Smend sobre derecho administrativo y constitucional son la base de su artículo de 1982 en la *Revista de Derecho Político*. Nadie ignora que este debate tiene que ver con la transformación de la asignatura de *Derecho Político-Derecho constitucional*, que desde un enfoque enciclopédico que rehuía el análisis crítica de la situación política bajo el régimen de Franco, se ha pasado a una disciplina predominantemente jurídica.

nadie duda del carácter normativo de la Constitución y del efecto de irradiación de los derechos fundamentales²³. En cambio, en los Estados Unidos, no está nada claro que el punto álgido del debate técnico entre los “*originalistas*” (“*originalists*”) y partidarios de la “*Constitución viviente*” (“*living Constitution*”) haya pasado. Probablemente las causas de la situación actual tienen que ver con la imposibilidad de alcanzar un consenso, pero también con la necesidad de los cultivadores de la disciplina de orientarse a la resolución de problemas concretos, lo que se ha venido efectuando de hecho durante todos estos años, con mayor o menor acierto, sin que a ello haya sido obstáculo la ausencia de un marco común metodológico. Parece que la discusión actual en el derecho constitucional actual no está ahí, sino en los contenidos de lo que se va decidiendo.

Sin embargo, al ser la presente tesis un tanto particular en su objeto, se hace conveniente una cierta explicación metodológica. En efecto, el presente estudio no se limita a analizar el derecho positivo actual, sino que trata de ponerlo en su contexto. Con contexto queremos decir, aquí, en primer lugar, la dimensión temporal o histórica en el estudio del fenómeno de la protección de datos; y en segundo lugar, dentro de este periodo de tiempo, el análisis no sólo de las cuestiones jurídicas, sino también de los aspectos tecnológicos o sociales del tratamiento masivo de datos personales. Debe tenerse en cuenta que diferencia de lo que ocurre en el resto de materias jurídicas, en las que los juristas tienen un conocimiento directo de la realidad social para la que tratan de aplicar la normativa, bastándoles una “*precomprensión*” (“*Vorverständnis*”)²⁴, que

²³ De gran utilidad para conocer la situación de la metodología en España dos encuestas llevadas a cabo por la revista *Teoría y realidad constitucional* a profesores de derecho constitucional: ARAGÓN REYES, M.; DE CABO MARTÍN, C.; DE ESTEBAN ALONSO, J.; GARRORENA MORALES, Á.; LÓPEZ GUERRA, L.; MOLAS BATLLORI, I. «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional» *Teoría y realidad constitucional* (1998), Nº 1, p. 15-61; ARAGÓN REYES; DÍEZ-PICAZO; FERNÁNDEZ MIRANDA; GARRORENA MORALES; LÓPEZ GUERRA, «Encuesta: orientación actual del derecho constitucional» (2008), *op. cit.* Y sobre todo, las *Actas de la Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional*, publicadas en el mismo número: *Teoría y realidad constitucional* (2008), Núm. 21, p. 73-184.

²⁴ El discusión acerca de la “*precomprensión*” en el ámbito jurídico es sólo una parte una problemática mucho más amplia sobre el conocimiento y la interpretación. Si se nos permite una metáfora, a la orilla del derecho sólo llegan algunas olas de la enorme onda expansiva de la llamada Escuela de la Hermenéutica, que comenzó con Heidegger y alcanzó su formulación más acabada en la obra de Gadamer, *Wahrheit und Methode* de 1960; edición española GADAMER, H.-G., *Verdad y método* (Salamanca, Sígueme, 1984). Esta escuela puso de manifiesto la importancia de los prejuicios en todo acto cognitivo y especialmente en la interpretación de los textos. En el ámbito jurídico, Larenz ha explicado su impacto en la ciencia del derecho hablando de una “*conexión traditiva de sentido*”, y que el proceso de interpretación es “*el resultado de un largo proceso de aprendizaje, en que se incluyen tanto los conocimientos adquiridos en su formación o posteriormente como las múltiples experiencias profesionales y extraprofesionales, sobre todas las que versan sobre hechos y contextos sociales*”. La precomprensión no solo se refiere a la “*cosa derecho*” así como al lenguaje en el que habla de ésta y a la conexión traditiva en que se hallan siempre los textos jurídicos, las resoluciones de los tribunales y los argumentos usuales, sino también a los contextos sociales, a las situaciones de intereses y a las estructuras de las relaciones de vida a que se refieren las normas jurídicas. De ahí que cabe concluir que las normas jurídicas “*no sólo contienen una regulación que*

generalmente se “*obtiene de la vida diaria*”. Pero en todo lo que rodea a las llamadas nuevas tecnologías de la información, la situación es bien distinta. Las capacidades técnicas de las tecnologías de la información y sus efectos sociales reales no son algo que se perciba a simple vista, por decir así. Por tanto, tiene que haber una cierta *mediación* entre la realidad y el quehacer de los juristas. Es necesario aclarar unos conceptos básicos y fijar un marco conceptual antes de realizar cualquier acercamiento jurídico²⁵. Este ha sido siempre el método de trabajo jurídico en el campo de la protección de datos, desde los primeras aportaciones doctrinales sobre la misma, como innumerables estudios pueden atestiguar²⁶. Por eso, no deja de ser una metodología insegura, en la medida en que si el marco conceptual en que se apoya –tecnológico o social– es falso, exagerado por exceso o corto por defecto, todo el trabajo jurídico carecerá de cimientos y se derrumbará. Por tanto, se debe exigir el máximo rigor en esta labor previa. Y es que también la percepción de la magnitud del peligro de los ordenadores es una parte de la “*precomprensión*” –o quizá sería mejor decir “*prejuicios*” –, que precede necesariamente a la tarea de los operadores jurídicos que se dedican a este aspecto de la realidad. Como dice el profesor y juez argentino Rabbi-Baldi, “*mientras más se sepa de una cosa -mientras más profundamente se haya penetrado en ella-, mayor resultará su precomprensión y, en consecuencia, más rápidamente se encontrará el intérprete en condiciones de resolver el problema que tiene frente a sí*”²⁷. Por tanto, un buen conocedor de la realidad de las nuevas tecnologías podrá resolver una controversia jurídica que las involucre no sólo de forma rápida, sino más rigurosa y perfecta.

A nuestro juicio, la inevitable “*precomprensión*” en relación con los aspectos jurídicos de las nuevas tecnologías de la información ha sufrido algún cambio desde que estas tecnologías están ampliamente difundidas en grandes capas de la población, y todo el mundo ha tenido oportunidades sobradas de familiarizarse con ellas y es plenamente consciente de su utilización masiva y transcendencia. La informática es una realidad cotidiana en nuestro tiempo y carece de ese halo de novedad que la caracterizó en los primeros momentos. Por eso, hoy ya son

pretende validez jurídica, sino que regulan determinadas relaciones sociales, procesos y modos de comportamiento, en los que la circunstancia de ser regulados por el Derecho muestra a su vez sólo uno de los aspectos bajo los que se manifiestan. El jurista que no llega a ver nada de otros aspectos, tampoco comprenderá su relación jurídica”. Cfr. LARENZ, K., Metodología de la Ciencia del Derecho (Barcelona, Ariel, 1979), p. 196-199.

²⁵ MADRID CONESA, F. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho* (Valencia, Universidad de Valencia, 1984), p. 9.

²⁶ MADRID CONESA, *op. y loc. cit.*, nota 1, donde se puede ver que esta práctica metodológica arranca con la doctrina alemana de los primeros años 70 del siglo XX. No es seguramente casualidad que en aquel momento estuviera en todo su auge en la ciencia jurídica alemana la discusión sobre la “*precomprensión*”.

²⁷ RABBI-BALDI CABANILLAS, R. «Precomprensión y jurisprudencia» *Persona y derecho* (2002), N°. 47, 391-416, p. 406.

necesarias las descripciones de qué son los ordenadores, sus componentes y funcionamiento, la acelerada informatización de la sociedad, los grandes procesos de tratamientos de datos personales y cuáles son los peligros que se derivan de ellos. Todos estos aspectos son archisabidos y no necesitan ser reiterados. Pero por eso mismo creemos necesario el esfuerzo de adentrarse en el tipo de “*precomprensión*” que los juristas de la época anterior a la aparición de la protección de datos podían tener acerca de, claro está, las tecnologías de la información y tratamientos de datos personales existentes entonces. Es preciso conocer, aunque sea de forma somera, si se realizaban tratamientos masivos de datos personales, si tenían un impacto real sobre la vida de muchas personas y también qué posibilidades facilitaba la tecnología. Sólo así, creemos, podrá evaluarse si la respuesta jurídica (o la ausencia de ella) es de algún modo asimilable a la actual y cuánto tienen de novedoso los actuales sistemas jurídicos de protección de datos. Pero desde luego, en todas estas cuestiones hay que sintetizar una visión panorámica suficientemente ilustrativa sin exceder del ámbito razonable de una tesis doctoral de una disciplina jurídica.

En todo caso, el hecho de la temática de esta tesis sea de corte predominantemente histórico nos obliga a incidir sobre el carácter *jurídico* de este proceder metodológico. A este respecto, habría que decir aquí, en primer lugar, que en términos generales, y desde una perspectiva clásica, siempre se ha considerado adecuado el uso de elementos históricos en la argumentación puramente jurídica. Los juristas siempre han insertado su labor intelectual dentro del contexto de la temporalidad. Ciertamente, el derecho es una realidad creada por el hombre, y éste es un ser esencialmente histórico. Las normas jurídicas tienen en su propia esencia “*la estructura temporal de la historicidad*”: se mantienen vigentes más o menos años, se adaptan al cambio de las generaciones y de las circunstancias sociales, y se interpretan para el presente en razón del contraste con la situación inmediatamente anterior. Por tanto, nos interesa la dimensión temporal o histórica del ordenamiento jurídico –en concreto de una parte de él, el derecho de protección de datos–, que según Larenz, *siempre* ha estado presente en el estudio *jurídico* del Derecho²⁸. Ya en un fragmento del *Digesto* puede leerse que el conocimiento de los orígenes históricos (de la ciudad de Roma) facilita la comprensión de las leyes²⁹. Y Savigny, el creador de la ciencia del derecho

²⁸ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 138 y 178.

²⁹ D. 1, 2, 1. El fragmento es de Gayo. Se lee en él que se juzga necesario remontarse a los principios u orígenes históricos, no para hacer comentarios extensos (“*verbosos comentarios*”), sino porque en todas las cosas, y también en la interpretación de las leyes, hay comenzar por el principio, que es la parte más importante de todas las cosas (“*cuiusque rei potissima pars principium est*”), e igual que no parece correcto comenzar un discurso en un tribunal sin haber hecho ningún exordio, tampoco se puede realizar un interpretación sin hacer mención del origen, esto es, sin haberse “*lavado las manos*” (“*manibus protinus*”) por decir así; de este modo, esta introducción nos lleva con más gusto (“*libentius*”) a la lectura de la

moderna, no dudó en incluir el elemento histórico en sus métodos de interpretación, aunque con matices sobre lo que hoy en día solemos entender por tal³⁰. El legislador español dio enorme realce a este método de interpretación, después de la reforma del Título Preliminar del CC en 1974, cuyo artículo 3 exige a todo operador jurídico interpretar las leyes en relación con los antecedentes históricos y legislativos y atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

No obstante, en el ámbito constitucional, como es sabido, las cosas son algo distintas. Admitido en general que la interpretación de las normas constitucionales no puede basarse exclusivamente en los cuatro “*elementos*” de Savigny – gramatical o literal, lógico, histórico y sistemático–, los autores plantean métodos de interpretación diferentes de los tradicionalmente concebidos para las leyes³¹. En

materia propuesta, y cuando se llega a ella, facilita su más clara inteligencia (“*evidentiorum praestant intellectum*”). Cfr. , *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tomo 1º* (Barcelona, Jaime Molinas, 1889), p. 199-200.

³⁰ SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I, *op. cit.*, p. 150, y 215-219.

³¹ Vid. sobre esto BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (Baden Baden, Nomos, 1993), «Los métodos de la interpretación constitucional», 13-43. MÜLLER, F., *Arbeitsmethoden des verfassungsrechts. Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2006), p.223 y 241 y s.; ARAGÓN, M. «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional» *Revista Española de Derecho Constitucional* (Mayo-Agosto 1986), Año 6. Núm. 17, p. 85-136, p. 110 y s.; HÄBERLE, P. «Métodos y principios de la interpretación constitucional» *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (Enero-junio de 2010), Año 7, Número 13, p. 379-411. Todos ellos contra la opinión de por ejemplo LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 501-505, que no ve motivo para aplicar criterios diferentes. Según GROTE, R. «El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania» *ADCL* (2004), Décimo año, Tomo I, 139-154, p. 145, el *BVerfG* ha reconocido explícitamente en una sentencia de 1983 relativa a la disolución anticipada del *Bundestag* o cámara baja del parlamento federal (*BVerfGE* 62, 1), que existen importantes diferencias entre la interpretación constitucional y la interpretación de la legislación ordinaria, dado que el problema de la indeterminación material de la norma es mucho más frecuente y grave en el campo del derecho constitucional que en el ámbito del derecho ordinario. La crítica más temprana e influyente a los nuevos métodos de interpretación, con todo, fue la de FORSTHOFF, E., «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en BARION, H.; FORTSHOFF, E.; WEBER, W., (Hrsg.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag* (Berlin, Duncker und Humblot, 1959), p. 35-62. Así las cosas, hizo fortuna en la doctrina alemana la consideración del tenor literal del texto constitucional como límite del cambio o mutación constitucional. Así, por ejemplo, MÜLLER, *Arbeitsmethoden des verfassungsrechts. Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, *op. cit.* p. 269, o HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), «Límites de la mutación constitucional», 95-114., p. 113. Pero incluso este límite está hoy seriamente en entredicho: vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, M. «Epílogo. Konrad Hesse en el siglo XXI», en HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, 247-282, p. 270, que llega a afirmar, comentando la obra de Hesse, que “*el límite del texto arroja hoy grandes interrogantes*”; los ejemplos que pone acerca de materias “*en que la Constitución (española) es parca o más bien nada dice*” -el proceso de integración, la ordenación territorial o el modelo económico- podrían haber incluido perfectamente a la protección de datos; o un autor tan influyente como Peter Häberle afirma abiertamente que en su opinión el tenor literal de las normas no es un límite para la interpretación: HÄBERLE, «Métodos y principios de la interpretación constitucional» *op. cit.*, p. 386. Sobre Savigny hay que matizar que como se ha indicado multitud de veces, no incluye entre sus “*elementos*” al teleológico, generalizado hoy, (véase art. 3.1 del CC, *in fine*, “*...atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”) y que, en cambio, lo combatió decididamente por considerar que suponía corregir el pensamiento de la ley, cambiando una ley por otra; vid. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, I, *op. cit.*, p. 150, y 215-219. En lo que respecta al derecho privado alemán, Larenz ubica el cambio entre la tendencia antigua del derecho, más formalista y rígida, y la actual, antiformalista a la búsqueda del fin de las normas y que cede muchas veces, aún sin

este sentido, Häberle centra la cuestión metodológica, en lo que a nosotros nos importa, cuando afirma que “*Tiempo y espacio son dos las [sic, rectius “son las dos”] dimensiones correlativas «hermanas» que requiere la comprensión histórica-evolutiva del Estado constitucional*”³². Según este planteamiento, en el derecho constitucional actual debería primarse el elemento histórico y el comparativo. Pero creemos que Häberle acierta a medias, porque mientras el elemento comparativo está muy presente hoy en las decisiones de los tribunales con funciones constitucionales, en cambio la dimensión o vertiente histórica del problema generalmente brilla por su ausencia. Y la realidad es que la práctica de los tribunales constitucionales está dejando de lado cada vez más este criterio de interpretación. Ya Alonso García, sólo cuatro años después de su monografía sobre la interpretación constitucional, constató la preterición del elemento histórico en la práctica del TC³³. Arenas Ramiro se cuida de precisar que el TEDH no aplica el método histórico³⁴. Se puede aducir incluso un ejemplo que nos concierne muy de cerca: la STC 254/1993, que creó en España el derecho fundamental a la protección de datos, se apoya débilmente en el derecho comparado, pero no hay en ella el mínimo atisbo de referencia a la evolución histórica de la intimidad y a como han influido en ella la aparición en un momento histórico concreto de las nuevas tecnologías de la información³⁵. En realidad,

reconocerlo, a consideraciones de justicia material, en la “*primera jurisprudencia de intereses*”, grupo de autores que escriben sus grandes obras entre 1912 y 1939, entre los que es especialmente destacable Phillip Heck con el notable precedente del “*segundo*” Ihering, sobre todo en el libro IV de su *El espíritu del derecho romano* (1864). Habría que esperar al fin de la Segunda Guerra Mundial para que esta corriente, transformada en “*jurisprudencia de valoración*”, tuviera un éxito desacostumbrado en la ciencia del derecho y jurisprudencia civil alemana; cfr. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 71-72, 80-81, 141. Añadimos nosotros que el mismo tipo de interpretación jurídica, con otros matices y bajo otros nombres, ha triunfado en las otras ramas del derecho, y muy especialmente en el derecho constitucional.

³² HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), p. 59.

³³ ALONSO GARCÍA, E. «La jurisprudencia constitucional» *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1988), Nº. 1, 173-209, p. 187-188: “*otro de los fenómenos claves en la interpretación constitucional es el de la desvinculación de la norma a interpretar respecto del momento en el que es aplicada. Los antecedentes históricos dejan de tener el valor que usualmente tienen en la interpretación de la ley, búsqueda de la intención de la concepción concreta del legislador, para servir tan sólo como expresión de un sistema de valores con el que la actual aplicación de la Constitución tiene que ser coherente*”. Ni siquiera es determinante el análisis histórico en la interpretación de cláusulas de la Constitución que apelan directamente al contenido de derechos históricos, como la Disposición Adicional Primera CE (STC 76/1988). Este estudio se publica sólo cuatro años después de su monografía sobre la cuestión: ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984).

³⁴ ARENAS RAMIRO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, op. cit., p. 50-52. En el mismo sentido, incide en las especiales dificultades del TEDH en aplicar el método de interpretación histórico BURATTI, A. «El uso de la historia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» *Revista de Derecho Constitucional Comparado Europeo* (Julio-diciembre/2012), Año 9. Núm. 18. p. 361-394.

³⁵ STC 254/1993, Antecedente 5º, que describe las alegaciones del Ministerio Fiscal, partidario de estimar el recurso de amparo, como finalmente ocurrió, en el que se indica que “*tales son las ideas generalmente*

como el propio Alonso García vio con claridad, la exacerbación del método histórico en la interpretación del derecho es el “*originalismo*”, cuyas versiones más extremas llevan a la “*petrificación*” del derecho³⁶. Por tanto, el uso del método histórico está en el centro del debate sobre la evolución de la Constitución y la función de los tribunales en el reconocimiento de nuevos derechos. Pero se puede ser ajeno a ese debate sin dejar de usar el método histórico. Como es sabido, los constitucionalistas españoles no se oponen en general al uso de estos elementos metajurídicos, y específicamente respecto al uso de los precedentes históricos³⁷. La doctrina que ha tratado específicamente el tema de la interpretación constitucional sigue considerando el método histórico como plenamente válido³⁸, y el TC nunca ha dejado de aplicarlo³⁹.

Asimismo, plenamente alineados aquí con las tendencias actuales del derecho constitucional⁴⁰, creemos imprescindible un análisis comparativo, lo que

admitidas hoy entre los juristas y en el Derecho comparado, que ofrece una de las vías para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental”.

³⁶ ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 142 y s.

³⁷ MARTÍNEZ CUADRADO, M.; ALVAREZ CONDE, E.; FERNÁNDEZ SARASOLA, PÉREZ CALVO, A. «Actas de la Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional. Comisión sobre aspectos históricos, metajurídicos en general y de Derecho Comparado referentes al Derecho Constitucional» *Teoría y realidad constitucional* (2008), Número 21, p. 108-129; ARAGÓN REYES; Díez-PICAZO; FERNÁNDEZ MIRANDA; GARRORENA MORALES; LÓPEZ GUERRA, «Encuesta: orientación actual del derecho constitucional», op. cit., con las intervenciones de los profesores Aragón Reyes, en p. 30, Díez Picazo, en p. 32-32, etc. Lo que no es ajeno a las posiciones de, por ejemplo, un Herman Heller: “*todo problema jurídico, sin excepción, tiene sus raíces, de un lado en la sociología, y del otro, mirando hacia arriba, en la esfera de lo ético-político. Por tanto, los problemas jurídicos no solamente pueden ser estudiados desde los puntos de vista casual y normativo, sino que además exigen que se efectúe ese doble estudio*”: HELLER, H., *La soberanía* (México, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económico, 1995), p. 111.

³⁸ En la doctrina española, ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 137 y s., que afirma que el método histórico es un método universalmente admitido como plenamente jurídico y que no solo los debates parlamentarios, sino la historia interna (precedentes del derecho vigente) sino la historia externa (historia socio-económica y política), son utilizadas con toda normalidad por los tribunales constitucionales; CANOSA USERA, R., *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988), p. 101, “*el método histórico tiene una evidente utilidad*”. En la alemana, por ejemplo, admite su plena validez WÜRTENBERGER, T. «Interpretación del Derecho constitucional (desde una perspectiva realista)» *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (Enero/Diciembre 2002), Núm. 6, 601-620, p. 604-606 y 617.

³⁹ Entre las sentencias de la primera época, vid. SSTC 27/1981, FJ 2; 12/1982, FJ 6, 94/1985, FJ, 2. Entre las más recientes, la STC 198/2012, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley que aprobaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, FJ, 6, que recurre a la Constitución republicana de 1931; FJ 8º, a los debates de las Cortes Constituyentes.

⁴⁰ Las tendencias oscilan entre dos extremos: la apertura completa al derecho extranjero, como en algunos países africanos con constituciones recientes como Sudáfrica, cuyo art. 39.1 establece para interpretar el catálogo de derechos, los jueces *deben* tomar en consideración el derecho internacional y *pueden* hacer lo mismo con el derecho extranjero: SUDÁFRICA, *Constitution of the Republic of South Africa, Act No 108 of 1996 [Constitución de la República de Sudáfrica, Ley Nº 108 de 1996]* [en línea], 1996 [Sitio web del Gobierno de Sudáfrica]; o Malawi, cuya sec. 11.2.c) establece que para la aplicación e interpretación de la constitución, cuando sea posible, se *deberán* tener en cuenta las normas vigentes del derecho internacional público y de la jurisprudencia extranjera equiparable (MALAWI, *Act No. 20 of 1994, Constitution of the*

obviamente extiende notablemente el ámbito espacial del presente trabajo. No resultaría satisfactorio limitarse a estudiar las razones que han llevado a la consolidación del derecho fundamental en un ordenamiento jurídico concreto. Cualquier enfoque de esta naturaleza olvidaría el hecho esencial de que la protección de datos es un fenómeno global de aparición prácticamente simultánea en muchos países diferentes. Como veremos con más detalle, la legislación de los primeros países en adoptar este tipo de normas ha influido desde luego en otros ordenamientos jurídicos, aunque no por el mecanismo de expansión de las ideas jurídicas que ha sido habitual en el pasado. Pero es indudable la existencia de un sustrato común, por decir así, en todos los países occidentales, ya que en todos ellos se desarrollaron a la vez y de forma muy similar esos componentes genéticos que luego propiciarían la aparición del Derecho a la protección de datos. En definitiva, la protección de datos sólo se puede estudiar como el fenómeno global que es, sin limitarse a unas concretas fronteras geográficas, aunque eso suponga ampliar el objeto del trabajo de una forma difícilmente compatible con la

Republic of Malawi [Ley No. 20 de 1994, Constitución de la República de Malaui] [en línea], 1994 [Sitio web de la Comisión Nacional para la Ciencia y la Tecnología de Malaui]. Mientras que en el otro extremo está el rechazo absoluto a su utilización que encontramos en algunos sectores del mundo jurídico norteamericano, o por ejemplo el francés *Conseil constitutionnel*, que jamás ha citado una sentencia extranjera, aunque se haya apoyado implícitamente en ellos. En realidad, el SCOTUS, que pasa por ser hostil al uso de precedentes extranjeros, ha tenido, como casi todos los demás, algún momento en que se ha apoyado en jurisprudencia constitucional extranjera, como subrayan por ejemplo, EASTERBROOK, F.H., «Foreign sources and the American Constitution» (2006) *Harvard Journal of Law & Public Policy*, (2006), 30, 1, 223-230, FARBER, D.A., «The Supreme Court, the Law of Nations, and Citations of Foreign Law: The Lessons of History» (2007) *California Law Review*, 95, 1335-1365 o FINKELMAN, P. «Foreign law and american constitutional interpretation» *New York University Annual Survey of American Law* (2007), Vol. 63, Issue 1, p. 29-62. La inmensa polémica –doctrinal y política– que existe actualmente sobre el asunto de la cita del derecho extranjero por el SCOTUS, tiene que ver sin duda con la polarización política y con las luchas que han derivado en acusaciones mutuas de “activismo” de jueces conservadores y progresistas. En esta atmósfera, un auténtico incendio provocaron el voto particular del juez Breyer en los asuntos acumulados “*Knight v. Florida*” y “*Moore v. Nebraska*”, 528 U.S. 990 y en él se apoyaba, entre otros argumentos, en sentencias dictadas por el británico “*Privy Council*” (aplicando el derecho de Jamaica), y los Tribunales Supremos de India y Zimbabue, que llevó a algunos políticos a expresar públicamente la opinión de que los jueces que alegan derecho extranjero deberían ser sometidos a “*impeachment*”, y a otros a proponer, y en algún caso a aprobar, iniciativas parlamentarias en este sentido. Sobre este asunto puede verse ZAGREBELSKY, G. «El juez constitucional en el siglo XXI», en FERRER MAC-GREGOR, E.; MOLINA SUÁREZ, J. (coordinadores), *El juez constitucional en el siglo XXI* (México, Universidad Nacional Autónoma de México/Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, 2009). Pero en definitiva, en prácticamente en todos los países, incluyendo los grandes estados de referencia del ámbito del constitucionalismo, puede encontrarse alguna sentencia donde se ha recurrido de forma expresa a precedentes extranjeros como argumento persuasivo que sustente determinada posición. Merece la pena señalar que en la mayoría de casos en que acudieron a derecho extranjero los tribunales tuvieron que hacer frente a asuntos de gran calado, como Alemania en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa de 2009, o en asuntos relacionados con los derechos a la intimidad o los derechos personalidad, como la famosa sentencia del caso “*Englaro*” en Italia, lo que nos coloca de nuevo en el centro de nuestro estudio, vid. sobre esto último, PEGORARO, L. «El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado» *Revista de Estudios Políticos* (Abril-Junio 2001) (Nueva Época). Núm. 112, p. 9-26. En nuestro país, según SANTANA HERRERA, M. S. «El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español» *Revista de Derecho Constitucional Comparado europeo* (julio-diciembre 2010), Año 7, Núm. 14. p. 427-447, el recurso a esta jurisprudencia ha sido mayor que en otros países.

profundidad de detalles en cada uno de los países concernidos. Así pues, el ámbito geográfico de este estudio es mundial, sin quedar circunscrito a ningún ordenamiento jurídico concreto ni a ningún área geográfica o geopolítica particular, si bien, debe tenerse en cuenta que, al igual que los demás derechos fundamentales, la protección de datos ha florecido en el núcleo del ámbito del constitucionalismo occidental, europeo y americano. Aunque por razones obvias, se prestará una especial atención a la aparición y desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos en España.

Pensamos que sigue siendo necesaria una combinación de ambos elementos, una comparación de constituciones o normas históricas, para comprender cabalmente y poder interpretar bien las normas españolas. Como dice Würtemberger, *“la interpretación presupone la comprensión. Sólo comprende el presente quien conoce el pasado. Ello vale en especial medida para el Derecho, que es creado siempre, incluso en situaciones de ruptura, por la tradición”*⁴¹. En el campo de la protección de datos, además, la dimensión temporal es muy importante si queremos comprender lo que está ocurriendo. En efecto, muchas de las consecuencias que conlleva el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos son chocantes para muchos, sea porque han sido sancionados por comportamientos que consideraban intrascendentes, sea porque se les impide el acceso a información de la que antes disponían sin problemas, o en fin, sea porque deben afrontar unos notables costes organizativos y materiales para poder procesar determinado tipo de datos esenciales para su actividad económica. Si queremos responder las preguntas fundamentales -¿por qué?, ¿qué sentido tiene?, ¿cómo hemos llegado a esto?-, hay que remontarse atrás en el tiempo, porque sólo mirando al pasado se puede entender el presente jurídico. Como indicó Larenz, con indudable acierto, *“quien quiera comprender el Derecho del presente en su estado actual, tiene que comprender también su devenir histórico, su apertura hacia el futuro”*⁴². Pero además, en la medida que se pretenda, desde la comunidad de juristas, a ayudar a configurar de forma equilibrada esta faceta tan importante de nuestra vida social en el mundo tecnológicamente avanzado que nos ha tocado vivir⁴³, se hace más imperativo recurrir a una perspectiva histórica. Estudiando la historia se mejorará la *comprensión* del derecho fundamental a la de protección de

⁴¹ WÜRTEMBERGER, «Interpretación del Derecho constitucional (desde una perspectiva realista)», *op. cit.*, p. 604.

⁴² LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 178.

⁴³ Que es lo que plantea, por ejemplo, TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales en busca del equilibrio*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2010), p. 35-36, lo que obliga *“a llevar a cabo una labor de ponderación y a aplicar el principio de proporcionalidad. Esto supone desterrar los fundamentalismos y las posiciones extremas, que se han dado entre los defensores de la protección de datos, pero también entre los que mantienen otros planteamientos”*.

datos, su inteligibilidad y su encaje con la realidad en su contexto correcto, con la única finalidad de que pueda ser mejor aplicado. Y es que “*el que quiera hacer Derecho sin Historia no es un jurista, ni siquiera un utopista; no traerá a la vida ningún espíritu de ordenación social consciente, sino mero desorden y destrucción*”⁴⁴.

⁴⁴ STERNBERG, T., *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona, Labor, 1930), p.32

2. OBJETO

2.1. El derecho de protección de datos como novedad

La aparición de una nueva especie jurídica, el derecho de la protección de datos personales, tuvo lugar en el preciso momento en que fue aprobada por la asamblea legislativa del *Land* alemán de Hesse la Ley de protección de datos (*Datenschutzgesetz*) el 7 de Octubre de 1970⁴⁵. Parafraseando un conocido estudio sobre historia de los derechos fundamentales, puede afirmarse que el derecho de protección de datos tiene “*un acta de nacimiento precisa*”, fechada en 1970, “*ni antes ni después*”⁴⁶, en el momento mismo en que se aprobó esta ley, primera dictada con la finalidad específica de controlar el tratamiento automatizado de información personal, y que dio el pistoletazo de salida a la aprobación de muchas otras normas similares en los años posteriores. Debe preferirse esta norma emblemática, y su fecha, a las leyes aprobadas muy poco tiempo antes por diversos *Länder* para regular los centros de proceso electrónico de datos para uso de la administración regional y municipal. Ninguna de ellas pueden ser consideradas leyes de protección de datos. Igualmente, y no sólo por razones cronológicas, debe preferirse la ley de Hesse a la *Fair Credit Reporting Act* [Ley de información de crédito justa] (a la que sólo precede en 20 días), ley federal norteamericana dedicada a regular el funcionamiento de los prestadores de servicios de información sobre solvencia⁴⁷. La razón de esta preferencia por la *Datenschutzgesetz* de Hesse no radica sólo en que esta Ley esté reconocida universalmente como la primera norma de protección de datos, ni en el título de la norma, que recoge por primera vez en un texto legal una expresión que hizo fortuna (“*Datenschutz*”, “*protección de datos*”), ni en su carácter de ley formal, sino sobre todo en su contenido: estamos ante una completa y acabada ley de protección de datos, con todas las características esenciales de este tipo de disposiciones, que introdujo en el mundo jurídico para siempre los términos

⁴⁵ ALEMANIA, Hesse. *Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970* [Ley de protección de datos de 7 de octubre de 1970]. *GVOBl. HE I*, 12 de octubre 1970, Nr. 41, p. 625.

⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, P. «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* (Enero-Abril 1989), N. 25, 35-62, p. 41.

⁴⁷ Realmente lleva este título el Título VI de una Ley destinada a regular ciertos aspectos del sector bancario norteamericano: ESTADOS UNIDOS. *An Act to amend the Federal Deposit Insurance Act to require insured banks to maintain certain records, to require that certain transactions in United States currency be reported to the Department of the Treasury, and for other purposes [October 26, 1970]* [Una Ley para modificar la Ley federal de aseguramiento de los depósitos, para obligar a los bancos asegurados a mantener ciertos archivos, y uque ciertas transacciones en la moneda de los Estados Unidos sean reportados al Departamento del Tesoro, y para otras finalidades [26 de octubre de 1970]. *Pub. L.* 91-508; 84, *Stat.*, Part 1, p. 1114-1136. La parte relativa denominada como *Fair Credit Reporting Act* introdujo un nuevo Título VI en la *Consumer Credit Protection Act* y actualmente se encuentra codificada en el Título 15, Secciones 1681 y siguientes del *United States Code*.

lingüísticos específicos de la protección de datos, y que ha sido tomada como modelo para la elaboración de todas las posteriores leyes de este tipo.

Obviamente, el hecho de que sea la *primera* ley de protección de datos implica en sí una cierta novedad o cambio. Pero ¿cuánta intensidad tiene este cambio? ¿Es un salto radical o un simple paso más en una línea evolutiva constante desde tiempos remotos? O en otras palabras: ¿cuál es la relación de la *Datenschutzgesetz* con la tradición jurídica en la que se inserta el ordenamiento jurídico donde apareció, la alemana, o más bien la continental europea, que Merryman llamó “*tradición jurídica romano-canónica*”⁴⁸, o incluso la occidental? En principio, caben dos posibles respuestas a este interrogante. La primera posibilidad es que la ley de Hesse fuera una absoluta novedad, y por tanto, no reprodujera, modificara o actualizara ningún derecho anterior, no pudiendo encontrarse normas o instituciones similares o que contuvieran ni siquiera de forma embrionaria el tipo de normas jurídicas que se encuentran en ella. Esta postura es defendida por la mayoría de autores, aunque muchas veces de forma sólo implícita, ya que muchas veces se limitan a subrayar la novedad que supuso la Ley de Hesse. Resulta significativo, en todo caso, que los primeros autores que analizaron las nacientes legislaciones de protección de datos europeas fueron muy conscientes de su carácter revolucionario⁴⁹. La segunda posibilidad viene a aducir que, en un cierto sentido –no en el *propio*–, existe protección de datos desde mucho antes de la ley de Hesse e incluso desde mucho antes de que se diera el propio concepto de intimidad, porque existe desde antiguo la convicción de que el individuo debe ser protegido en las relaciones asimétricas de información, especialmente frente al Estado. Esta conciencia del peligro de la información sobre uno mismo está desde luego vinculada con los derechos de la personalidad (que algunas fuentes hacen retrotraer como primer precedente a la obra del jurista francés Hugo Donellus en el siglo XVI), pero sus raíces son mucho más antiguas, citándose a este respecto diversas instituciones jurídicas de larga tradición, como la protección reforzada de la vivienda frente a intrusiones ilegítimas, la prohibición del derecho romano de hacer público el contenido de los testamentos en ciertas circunstancias y otras normas relacionadas con el secreto profesional, como el juramento hipocrático (siglo V a.C.), el deber de secreto de abogados y notarios, el secreto bancario, o el secreto de la correspondencia. Según esta postura, si el derecho de protección de datos consiste en las normas que regulan el manejo adecuado de la información, esas normas existían, al menos en parte, mucho antes de la *Datenschutzgesetz* de

⁴⁸ MERRYMAN, J.H., *La tradición jurídica romano-canónica* (México, Fondo de Cultura Económico, 1980).

⁴⁹ Véase HONDIUS, F. W., *Emerging Data Protection in Europe* (Amsterdam, Oxford, New York, North Holland, American Elsevier, 1975), p. 1.

Hesse. Esta posición ha sido ha sido sustentada especialmente por el profesor alemán Kai von Lewinski en diversas contribuciones y acogida por parte de la doctrina alemana⁵⁰. Este autor, no obstante, aclara suficientemente que el concepto, lenguaje y contenido del derecho de protección de datos propiamente dicho no se introdujeron hasta la ley de Hesse de 1970, por lo que su postura parece ir más en el sentido de establecer una continuidad entre la actual legislación de protección de datos e instituciones jurídicas muy anteriores en el tiempo.

Lógicamente, hay que plantearse si esta discusión tiene sentido. Y es que, si se entiende que la protección de datos surge como consecuencia del miedo al posible mal uso de la tecnología informática, y que el derecho de protección de datos es una normativa creada para regular el manejo de información personal a través de ordenadores con la finalidad de prevenir dichos peligros, no cabe la posibilidad de polémica alguna al respecto. La informática apareció poco antes de la mitad del siglo XX, y solo comenzó a utilizarse con cierta amplitud hacia el año 1960. Por tanto, no tendría ningún sentido hablar de protección de datos en el XVIII o en el XIX, cuando no existían los ordenadores. ¿Por qué entonces algunos autores se plantean la existencia de la protección de datos antes del siglo XX?

Para centrar la discusión, nos puede servir de utilidad la polémica historiográfica planteada acerca del momento de la aparición de otra institución jurídica estrechamente emparentada con la protección de datos: el consentimiento informado del paciente en la práctica médica. Según leemos en la obra de Faden y Beauchamp, de referencia en esta materia⁵¹, existen dos teorías enfrentadas acerca de la historia del consentimiento informado. La primera, sustentada básicamente por Pernick⁵² (aunque también por otros autores como Fletcher⁵³), dice que el

⁵⁰ VON LEWINSKI, K. «Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977», en ARNDT (Hrsg.), F., *Freiheit - Sicherheit - Öffentlichkeit* (48. Assistententagung Öffentliches Recht) (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009), p. 196-220; VON LEWINSKI, K. «Zur Geschichte von Privatsphäre und Datenschutz» en SCHMIDT, J.; WEICHERT, T. (Hrsg.), *Datenschutz: Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen* (Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2012), p. 23-33; también en VON LEWINSKI, K. «Datenschutz: Ein Fach ohne Rechts-Geschichte?» *Datenschutz und Datensicherheit* (2003), Vol 27, 1, p. 61-62. En la misma línea parece manifestarse BULL, H. P., *Informationelle Selbstbestimmung- Vision oder Illusion?* (Tübingen, Möhr Siebeck, 2011), p. 22-23.

⁵¹ FADEN, R. R.; BEAUCHAMP, T. L., *A History and Theory of Informed Consent* (Oxford, Oxford University Press, 1986), p. 54-60.

⁵² PERNICK, M. S. «The Patient's role in medical decisionmaking», en PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Making Health Care Decisions, Volume Three: Appendices (Studies on the Foundations of Informed Consent)* (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1982), p. 1-35.

⁵³ FLETCHER, J.C. «The Evolution of the Ethics of Informed Consent», en BERG, K.; TRANOY, K. (ed.), *Research Ethics* (Alan R. Liss, Alan R. Liss, 1983), p. 187-228, que afirma que la obligación moral («the moral obligation») del consentimiento informado en medicina e investigación médica estaba razonablemente clara antes de 1939 y que los tribunales habían sido activos antes de ese momento en el

consentimiento era una práctica bien extendida en el siglo XIX, o en todo caso, antes de 1939. Varias resoluciones de los tribunales parecen avalar esta tesis, como por ejemplo, una sentencia norteamericana federal de 1972, *Canterbury vs. Spence*⁵⁴, donde el juez afirmó que la responsabilidad médica por no haber informado al paciente de los riesgos y alternativas de un tratamiento no es nueva, sino que puede remontarse como mínimo medio siglo atrás. En este sentido, por ejemplo, Joseph Esser menciona, para ilustrar su teoría de la existencia de principios jurídicos extralegales dentro de la estructura del ordenamiento jurídico, cómo incluso en el tiempo del nacionalsocialismo, los médicos no podían actuar sobre los enfermos sin su consentimiento, en virtud de un principio que según afirma, no estaba escrito⁵⁵. En todo caso, es indudable que desde 1914 hay numerosos litigios, y sus consiguientes sentencias, acerca de la elección sobre el tratamiento médico y el contenido de la información que se había facilitado al respecto al paciente en el caso de que éste hubiera dado su consentimiento⁵⁶. En contraste, la otra postura, defendida esencialmente por Katz⁵⁷, dice que solo desde 1957, con el caso *Salgo*⁵⁸, los jueces comienzan tímidamente a plantearse el consentimiento informado en el sentido de autodeterminación del individuo. Por supuesto que el consentimiento para una intervención es antiguo, pero no se obtenía en forma adecuada, porque no se informaba al paciente de los riesgos y alternativas, ni se dejaba la decisión sobre el tratamiento o la intervención

establecimiento de la validez de este principio. *Cit.* en FADEN; BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁴ *Canterbury v. Spence*, 464, F. 2nd 771 (D.C. Cir., 1972), sentencia dictada por la Corte de apelaciones federal del circuito del Distrito de Columbia; FADEN; BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁵ ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Barcelona, Bosch, 1961), p. 7.

⁵⁶ Una enumeración de las sentencias norteamericanas más importantes, tanto anteriores como posteriores a la mitad del siglo XX, en: MURRAY, P. «The history of informed consent» *The Iowa Orthopaedic Journal* (1990), Vol. 10, p. 104-109. También OSMAN, H. «History and development of the doctrine of informed consent» *The International Electronic Journal of Health Education* (2001), Vol 4, 41-47. Notablemente, el caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Nueva York, que otorgó una indemnización a una mujer que había sido intervenida quirúrgicamente contra su voluntad expresa. La opinión de la Corte fue expresada por el juez Benjamin Cardozo.

⁵⁷ KATZ, J., *The Silent World of Doctor and Patient* (New York, The Free Press, 1984). Edición revisada posterior KATZ, J., *The Silent World of Doctor and Patient* (Baltimore, Ma. John Hopkins University Press, 2002).

⁵⁸ *Salgo v. Lelan Stanford Jr., University Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d. 560, 317 P. 2d. 170, sentencia dictada por la Corte de Apelaciones del estado de California. En este caso, un hombre demandó exitosamente al hospital donde había sido atendido, porque a consecuencia de un tratamiento, entonces habitual, seguido para curar unos dolores en la pierna, sufrió una parálisis permanente en las dos extremidades, sin haber sido informado de los riesgos que conllevaba dicho tratamiento. Véase sobre este caso KATZ, J. «Informed Consent - A Fairy Tale? Law's Vision» *University of Pittsburgh Law Review* (Winter 1977), Vol. 39, Nr. 2, p. 137-174. En la doctrina española, por ejemplo, le otorga papel principal a esta sentencia RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. «El consentimiento informado» *Diario La Ley* (2010), N° 7358.

libremente en sus manos. En realidad, cuando había información era más bien porque el médico quería obtener el acuerdo del paciente para su finalidad principal, que eran los cuidados terapéuticos, la protección de su salud y la consecución del objetivo de la sanación. Sin embargo, ambos bandos están de acuerdo en que la discusión acerca del consentimiento informado, tal y como lo entendemos hoy, data solo de los últimos 25 años. ¿Dónde está, pues, la discrepancia? Pues en que Pernick afirma que desde aproximadamente la Ilustración se fue desarrollando una corriente entre los médicos para compartir información y decisiones con sus pacientes y ésta justamente la tesis que Katz rechaza. Faden y Beauchamp se posicionan junto a Katz, pero rechazan que el consentimiento informado surgiera de la nada súbitamente. Según afirman, cuestiones como decir la verdad al paciente, obtener su consentimiento e informarle se han manejado en la medicina durante siglos. Pero hablando propiamente, el consentimiento informado empieza en 1957, con el caso *Salgo*, primera ocasión en que se utiliza el término “*consentimiento informado*” (“*informed consent*”). Antes de esa fecha, todas las prácticas médicas relativas a verdad, consentimiento e información, se manejaban por un modelo de beneficencia (“*beneficence model*”) y no por un modelo de autonomía (“*autonomy model*”). El primero se basa en que la obligación principal del médico es conseguir el máximo beneficio médico, y la información es manejada en la medida en que es útil para maximizar dicho beneficio. El segundo consiste en que las personas deben ser libres para elegir y actuar sin restricciones controladoras impuestas por otras (“*controlling constraints*”). Por eso, las prácticas relativas al consentimiento en los siglos XVIII y XIX respetaban la autonomía sólo en la medida en que ésta era beneficiosa para la mejora terapéutica, y por esta misma razón no se puede hablar de un auténtico consentimiento informado.

La historia del consentimiento informado puede ayudar a centrar el problema que aquí nos hemos planteado acerca de la protección de datos, ya que estamos ante dos situaciones con enormes coincidencias. En realidad, de algún modo estamos ante dos caras del mismo poliedro, ya que ambas son dos manifestaciones del mismo principio, el de la autonomía, autoafirmación o “*autodeterminación*” – término clave aquí– del individuo, sólo que uno se manifiesta en el ámbito de la salud y el otro en lo relativo al mundo de la información. Por eso, no es absoluto una casualidad que ambas empleen exactamente la misma expresión – “*consentimiento informado*”, “*informed consent*”, “*informierte Einwilligung*” –, para designar un aspecto clave de las correspondientes normas jurídicas, aunque ciertamente, este término convertido en un vocablo técnico se ha quedado más bien para el tipo de información y consentimiento que se requiere hoy para las intervenciones médicas sobre el propio cuerpo. Consecuencia obligada es que, en primer lugar, un mismo ámbito temporal contempla la aparición de la protección

de datos y de la doctrina del consentimiento informado en la práctica médica. Ya hemos comentado que según las trazas más seguras, el derecho al consentimiento informado propiamente dicho comienza en 1957. Por su parte, la primera ley de protección de datos aparece en 1970. Mientras una de las causas del consentimiento informado en el ámbito médico fue la aparición de las intervenciones quirúrgicas y en general, de tratamientos médicos más invasivos, en el caso de la protección de datos hay que tener en cuenta que únicamente apenas diez años antes que comenzaron a utilizarse los ordenadores de forma generalizada para realizar tratamientos de datos que tenían una influencia directa en la vida de las personas. Pero es evidente que durante este proceso, e incluso en las décadas inmediatamente anteriores, el espíritu de los tiempos (*“esprit des temps”, “zeitgeist”*) estaba ya moviéndose hacia el otorgamiento de una mayor importancia al libre consentimiento del individuo, fuera de constricciones legales, morales o sociales, para determinar libremente los aspectos esenciales de su vida. Prueba de ello es la preocupación creciente por la intimidad y su reconocimiento jurídico, preocupación que explotó en la década de los años 60. Pero los comienzos de esta evolución son anteriores, ya que es a finales del siglo XIX y el inicio del XX cuando comienzan a removerse las aguas, por decirlo así, dando origen tímidamente a una corriente que acaba en la actual preponderancia del principio de autonomía o autodeterminación. Así, mientras que en 1890 aparece el célebre artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy* [*El derecho a la intimidad*], abriendo la puerta, inmediatamente aprovechada, para un reconocimiento jurídico de la intimidad, en la misma época comienzan a aparecer resoluciones de los tribunales reconociendo un derecho a la persona a disponer de sí mismo, en cuanto a tratamientos médicos se refiere⁵⁹. E igualmente, ambos desarrollos derivan a un estado de opinión general en todo el mundo occidental, no limitado, ni muchísimo menos, al entorno estadounidense. Así, el *Reichsgericht* tuvo también oportunidad de dictar sentencias muy similares a las de sus homólogos norteamericanos: en 1894, una sentencia de la sala penal determinó que una intervención médica sin consentimiento era constitutiva de un delito de lesiones (*“Körperverletzung”*) y en 1912, otra sentencia de la sala civil estableció la necesidad de dar una adecuada información al paciente antes de

⁵⁹ FADEN; BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, *op. cit.*, p. 120-123 citan varios casos *“pre-Schloendorff”*, comenzando por *Mohr v. Williams*, 104 N.W. 12 (1905), sentencia dictada por el Tribunal Supremo del estado de Minnesota, que estableció que realizar una intervención quirúrgica sin autorización del paciente, por muy justificada que pudiera estar, constituye un acto de violencia física legalmente tipificada como antijurídica (*“assault and battery”*, que podríamos traducir libremente como lesiones). Por su parte, MURRAY, «The history of informed consent», *op. cit.*, habla de la consolidación de un nuevo estándar médico de información al paciente durante los últimos 150 años, pero la primera sentencia que cita es una del Estado de Michigan *Luka v. Lowrie*, 136 N.W. 1106 (1912).

realizarle una intervención como parte del proceso de recabar su consentimiento⁶⁰. Incluso hay coincidencia también en el papel que algunas detestables prácticas nazis, o más exactamente, el rechazo a las mismas y el deseo de impedir cualquier futura repetición jugaron en el desarrollo de ambas instituciones. Así mientras que el llamado “*Código de Nuremberg*” (1947) fue publicado para evitar la posibilidad de atrocidades, como las cometidas por algunos médicos nazis y puestas de manifiesto en los juicios de Nuremberg, obligando a obtener en lo sucesivo un consentimiento informado en ausencia de toda coacción o engaño para cualquier tipo de investigación médica⁶¹, la protección de datos, como tendremos oportunidad de ver, también es una respuesta a lo que hicieron los totalitarismos en el periodo alrededor de la Segunda Guerra Mundial.

Pero la más importante coincidencia es que tanto el consentimiento informado como la protección de datos instauran un cambio de paradigma⁶². Hay que fijarse, al igual que hacen Faden y Beauchamp, en el “*modelo*” bajo el que operan las posibles normas jurídicas, en el caso de haberlas (o las prácticas deliberadas, en el caso de existir y de que tuvieran alguna relevancia a efectos de nuestro estudio, por concurrir en ellas los requisitos que los pueden convertir en costumbre, esto es, en una de las fuentes del derecho), que pudieran imponer restricciones al uso de la información personal u otorgar algún tipo de control al individuo sobre sus propios datos. Este “*modelo*” -podríamos usar también la palabra “*marco*”- que se percibe a través del fundamento, propósito, finalidad o “*ratio*” de las normas, puede ser la autodeterminación del individuo y el libre desarrollo de personalidad en sus aspectos personal, familiar, social o político, o bien otras cuestiones muy

⁶⁰ La primera sentencia es de 31 de mayo de 1894 (RGSt 25, 375) y la segunda de 1 de marzo de 1912 (RGZ 78, 432) y aún hoy en día se toman como precedentes válidos por el BGH. Vid. KATZENMEIER, C., *Arzthaftung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2002), p. 322 y s. Puede verse también, VOLL, D., *Die Einwilligung im Arztrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996) y MAEHLE, A-H. «Ärztlicher Eingriff und Körperverletzung» *Würzburger medizinhistorische Mitteilungen* (2003), 22, p. 178-187.

⁶¹ Sobre esto, por ejemplo, OSMAN, «History and development of the doctrine of informed consent», *op. cit.*, p. 42.

⁶² El término “*paradigma*” se usa frecuentemente hoy para describir un estado de cosas o situación dada. En el ámbito científico, el uso de la palabra viene, sin duda, de la influyente obra de Thomas S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, cuya primera edición es de 1962. Según esta obra, un paradigma lo constituyen las “*realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica*”, cfr. KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas* (México; Madrid; Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 1975), p. 13, o más exactamente, como dice el propio KUHN en la «Postdata: 1969» de la obra, si nos acogemos al sentido “*sociológico*” de la expresión, un paradigma sería “*toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etc., que comparten los miembros de una comunidad [científica] dada*”, p. 269. Este significado de la palabra “*paradigma*”, se ha recogido recientemente en el *Diccionario de la Real Academia Española*. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [en línea] (Madrid, Real Academia Española, 2015, «Paradigma»: “*Teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento*”. No es difícil trasladar este concepto al mundo del derecho, considerando aquí la comunidad como “*comunidad de los juristas*”. Aquí se emplea en sentido más genérico aún.

diferentes. De alguna forma, lo que se trata de ver es cuál era el “*espíritu del tiempo*” en el que existieron esas posibles normas anteriores a 1970, y si estas se ajustaban a dicho espíritu. Como es natural, debe tenerse mucho cuidado en no interpretar las escasas normas existentes en siglos o décadas muy anteriores a nuestros días con arreglo al espíritu de nuestro tiempo, que sí es el de la autodeterminación del individuo. Y es que, en otra significativa coincidencia, no se conoce mucho acerca de la situación de una y otra materia antes de 1960. Aunque hay varios archivos con registros de intervenciones quirúrgicas que datan del siglo XIX, que muestran el diálogo entre médicos y pacientes, en los que incluso se recoge el hecho de que algunos enfermos objetaban al tratamiento, no hay evidencia suficiente de que los doctores buscaran la participación del paciente en la toma de decisiones⁶³. Faden y Beauchamp insisten en que se tiene poca información acerca de las verdaderas motivaciones por las que los médicos informaban a los pacientes en esos tiempos anteriores, y que debe distinguirse entre la falta de cumplimiento de estos criterios y la falta de prueba de que se cumplían los mismos⁶⁴. Igualmente, en lo que afecta a la protección de datos, hay un conocimiento relativamente escaso de las prácticas relacionadas con los tratamientos de información personal antes de nuestra época. La ausencia generalizada de normas jurídicas restrictivas a estos tratamientos da a entender que no hay reproche jurídico alguno a estas acciones, ni tampoco por cierto social o ético. Pero es posible que esta falta de consecuencias jurídicas derive, simplemente, de que el volumen, intensidad y trascendencia de estos tratamientos sobre la vida de las personas fueran casi nulos.

En definitiva, es de enorme importancia que la definición de la materia que se está se está investigando sea absolutamente clara. Como reconocen Faden y Beauchamp, aunque las posturas de los autores que estudian el consentimiento informado sean antagónicas, se aprecia una cierta falta de claridad en el significado de sus nociones de consentimiento y autonomía, de modo que unas parecen ser más estrictas que las otras⁶⁵, lo que puede alimentar un falso debate. Por eso, fijan unos criterios que deben ser satisfechos para poder etiquetar como “*consentimiento informado*” una práctica, política o teoría. Estos criterios son, que el paciente debe estar de acuerdo con una intervención sobre la base del entendimiento de la información relevante para su caso, el consentimiento no debe ser controlado por influencias que interfieran en el resultado del proceso y,

⁶³ OSMAN «History and development...», *op. cit.* p. 41-42.

⁶⁴ FADEN; BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, *op. cit.*, p. 54-55.

⁶⁵ FADEN; BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, *op. cit.*, p. 58-59.

finalmente, que el consentimiento deba contener en el otorgamiento voluntario del permiso para una intervención⁶⁶.

2.2. Los criterios para la existencia de “protección de datos”

Al igual que hacen Faden y Beauchamp con el consentimiento informado, aquí se establecerán ciertos requisitos que deberán cumplirse para concluir que en un determinado contexto social hay “*protección de datos*”. Estos requisitos son tres: en primer lugar, la existencia de normas jurídicas relativas al tratamiento de datos personales; en segundo lugar, que el contenido de esas normas sea el establecimiento de restricciones al tratamiento, que deben incluir un cierto derecho de disposición sobre los propios datos personales; finalmente, que la finalidad de las normas sea proteger a la persona, en el sentido más amplio posible, pero permitiendo o facilitando el derecho a su autonomía o autodeterminación. Sólo cuando se den los tres a la vez existirá un auténtico esquema normativo de protección de datos.

Necesitaríamos muchas páginas para justificar cumplidamente estos tres requisitos, lo que excedería del ámbito de este trabajo, pero al menos se impone una breve explicación. Para delimitar el contenido fundamental de la “*protección de datos*”, una opción válida, seguida por parte de la doctrina, es recurrir a los tres instrumentos internacionales de referencia que han inspirado las legislaciones sobre protección de datos de los países más desarrollados: las *Directrices en relación con el flujo internacional de datos personales y la protección de la intimidad y las libertades fundamentales*, aprobadas por Recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE de 23 de Septiembre de 1980 (DOCDE)⁶⁷, el *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, hecho en Estrasburgo el 28 de Enero de 1981 [Convenio N° 108 del Consejo de Europa] (C 108)⁶⁸, y la *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*⁶⁹. Sin duda, protección de datos son lo que establecen estos tres documentos, que son coincidentes en

⁶⁶ FADEN; BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, op. cit., p. 54.

⁶⁷ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Recommendation of the Council concerning Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* [en línea] (23 September 1980). Versión española: ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Flujo internacional de datos* (Madrid, Presidencia del Gobierno, Servicio Central de Publicaciones, 1982).

⁶⁸ Texto español en el Instrumento de ratificación de 27 de Enero de 1984, publicado en el BOE de 15 de Noviembre de 1985.

⁶⁹ DOCE, I, N° 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31-50.

líneas generales. Podríamos añadir, para completar el cuadro, los *Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computerizados de datos personales*, aprobados por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 45/95 de 14 de diciembre de 1990⁷⁰.

Otra opción, que es la que seguiremos nosotros, es constatar que existen diversos modelos de protección de datos extendidos por el mundo, más o menos circunscritos a diversas áreas geopolíticas: Europa, Norteamérica, América Latina y Asia-Pacífico. Y también el hecho que, de estos modelos, el más desarrollado es el europeo. Con desarrollado queremos decir que es el que mayor nivel de detalle tiene, el más protector para los derechos de los afectados, y el que muestra un mayor grado de evolución de los principios de protección de datos coherente con sus fines y objetivos. Este modelo es indudablemente una descripción de lo que la protección de datos *debería* ser, si adoptáramos una especie de enfoque *platónico*. Estaríamos ante la imagen ideal contra la que se comparan otras regulaciones positivas de protección de datos y hacia el que tienden, ya que muchos países no europeos se han inspirado en el modelo europeo de protección de datos para regular el tratamiento de datos en sus ordenamientos internos, aunque no hayan llegado a conseguir trasladarlo de forma completa. La regulación del estándar europeo de protección de datos se contiene, sobre todo, en el artículo 8 de la CDFUE y en la Directiva 95/46/CE⁷¹. La jurisprudencia del TJUE ha tenido asimismo oportunidad de interpretar en diversas ocasiones preceptos de la Directiva. También son muy útiles para conocer el contenido de dicho modelo las directrices marcadas por el GT29 en diversos informes y dictámenes, dentro de la función consultiva que el Grupo tiene atribuida por la Directiva (art. 30.1.b) de la Directiva 95/46/CE), con objeto de establecer pautas para evaluar si un país tercero garantiza “*un nivel de protección adecuado*” suficiente para permitir la exportación de datos con destino al mismo (art. 25.1 de la Directiva 95/46/CE). Este organismo ha indicado unos principios generales para analizar dicha “*adecuación*” en los documentos WP04, WP07, WP09, WP12, y ha aplicado los mismos en relación con algunos países concretos en los documentos WP02 (Canadá), WP 15 (Estados Unidos), WP 19 (Estados Unidos), WP21 (Estados Unidos), WP 22 (Suiza), WP23 (Estados Unidos), WP24 (Hungría), WP27 (Estados Unidos), WP31 (Estados Unidos), WP32 (Estados Unidos), WP39 (Canadá), WP40 (Australia), WP62 (Estados Unidos), WP63 (Argentina), WP79 (Guernsey), WP82 (Isla de Man), WP88 (Canadá), WP103 (Canadá), WP124 (Estados Unidos), WP138 (Estados Unidos), WP151 (Estados Unidos), WP141

⁷⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files* [E/CN/4/1990/72], [en línea] (20 de febrero de 1990).

⁷¹ BODENSCHATZ, N., *Der europäische Datenschutzstandard* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010).

(Jersey), WP142 (Islas Feroe), WP165 (Israel) WP166 (Andorra), WP177 (Uruguay), WP178 (Estados Unidos), WP182 (Nueva Zelanda), además de establecer también principios generales en el resto de sus documentos.

Del conjunto de estas normas y documentos, se desprende que el modelo europeo de protección de datos consiste en un conjunto de características que hemos agrupado en un decálogo:

1º.- La vigencia de una norma “*omnibus*” que aplica los principios de protección de datos a la generalidad de los tratamientos de datos personales, esto es, de los referidos a personas físicas identificadas o identificables, realizados en el territorio del Estado, ya se trate del sector público o privado, y con independencia del tipo o contenido de los datos. La existencia de normas “*omnibus*” es compatible con la existencia de un número limitado, aunque relativamente amplio, de excepciones y especialidades. Especialmente relevantes son las excepciones relativas al mantenimiento de la seguridad, ejercicio de ciertas funciones públicas, y otras necesarias en una sociedad democrática.

2º.- El principio de legitimación del tratamiento. Sólo podrá procederse al tratamiento de datos personales cuando haya una causa legal que lo permita (“*regla negativa de legitimación*”)⁷². El tratamiento de datos se configura como excepcional, ya que está prohibido salvo que concurra alguna causa que lo permita. La más importante de estas causas, que se establece como regla general para la legitimación del tratamiento, es el consentimiento del afectado. No obstante, junto con el consentimiento del afectado, bien como excepción a la regla general, bien en pie de igualdad con él, se permite realizar el tratamiento en muchas otras situaciones, eso sí, tasadas. Las principales de estas causas alternativas son una habilitación legal, el cumplimiento de obligaciones jurídicas, el ejercicio de funciones públicas, y el mantenimiento de la salud pública. Además, para realizar el tratamiento de determinados tipos de datos, denominados sensibles o especialmente protegidos, como los relativos a la vida sexual, ideología, creencias religiosas, en algunos casos la salud, se necesita el consentimiento expreso del afectado.

3º.- El principio de calidad de datos, que se refiere a diversos aspectos relacionados con la forma de tratar los datos, con un nexo común: no es suficiente que el tratamiento esté legitimado en origen (principio de legitimidad), sino que el tratamiento debe realizarse de forma correcta durante todo el tiempo en que esté

⁷² BURKERT, H. «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», en ENGEL, C.; HELLER, K.H. (ed.), *Governance of global networks in the light of differing local values* (Baden-Baden, Nomos, 2000) 43-69, p. 46.

llevándose a cabo. El principio tiene tres manifestaciones diferentes: exactitud, ya que los datos tratados deben corresponderse con la realidad; finalidad, puesto que tratamiento tiene una finalidad, y la legitimidad originaria del tratamiento se mantendrá sólo en la medida que los datos se utilicen para esa finalidad y no para otras; y finalmente pertinencia, consistente en que los datos tratados deben ser, única y exclusivamente, los necesarios para la finalidad pretendida, aunque en ocasiones también se utiliza aquí el término de principio de proporcionalidad, que obliga a que los datos sean adecuados, relevantes y no excesivos en relación a la finalidad del tratamiento y que no se conservarán más tiempo del necesario para la finalidad para la que dicha información pueda usarse legítimamente.

4º.- El principio de transparencia o información, consistente en primer lugar, en que no pueden realizarse tratamientos de datos secretos u ocultos, sino que debe darse publicidad general al hecho del tratamiento y a sus características esenciales. En segundo lugar, este principio conduce a que el afectado debe ser informado de los aspectos básicos del tratamiento que se esté realizando sobre sus propios datos, y en todo caso de la identidad del responsable y finalidad. En el caso de recogerse los datos directamente del interesado, debe dársele esta información en el momento de la recogida, que por consiguiente, no podrá ser desleal, engañosa o fraudulenta.

5º.- La obligación del responsable de establecer medidas de seguridad acordes con el estado de la tecnología, que impidan el acceso no autorizado o la manipulación de los datos. En relación con esto, está la obligación de que el responsable mantenga la confidencialidad y el secreto profesional sobre el tratamiento de los datos. Un corolario de cuanto venimos diciendo es la prohibición de que terceros accedan a los datos, salvo para prestar un servicio al responsable bajo las instrucciones de éste, y sin que puedan utilizarlos para otras finalidades ni transferirlos a terceros. La obligación de establecer medidas de seguridad suele ser más rigurosa en el caso de los datos sensibles.

6º.- La atribución al afectado de unos derechos básicos sobre sus propios datos, que se pueden agrupar en dos categorías: el acceso a sus propios datos, incluyendo la posibilidad de obtener copia de todos los que están siendo objeto de tratamiento (derecho de acceso) y la posibilidad de impedir o corregir el tratamiento, sea bajo la modalidad de poder rectificar los datos inexactos (derecho de rectificación), ordenar el cese del tratamiento cuando éste no se ajuste a la ley (derecho de cancelación) o simplemente por voluntad del afectado cuando se trata de ciertas categorías de datos, como en el caso de los datos utilizados para realizar acciones de marketing directo (derecho de oposición).

7º.- Se prohíben o se someten a grandes restricciones las decisiones tomadas de forma automatizada sobre la base exclusivamente de tratamientos de datos personales. Cuando se permiten, el titular de los datos debe poder conocer la lógica que subyace detrás de la decisión y tener la posibilidad de oponerse al mismo o al menos “*impugnarla*”, en el sentido de al menos poder manifestar su punto de vista.

8º.- Se establecen restricciones a la libre transferencia de datos a terceros países. No se permiten estas transferencias, salvo que los países importadores tengan en su derecho interno un nivel adecuado de protección de datos o al menos equivalente al del país desde el que se exportan los datos. Si no se da este nivel de protección de datos, la exportación de datos está sometida a previa autorización de la autoridad de protección de datos, quien sólo la dará cuando se hayan establecido las oportunas garantías de que el tratamiento de datos no afectará a los derechos de los afectados.

9º.- La eficacia práctica y real de las anteriores garantías o derechos, a través de varios mecanismos: establecimiento de sanciones efectivas y disuasorias en caso de incumplimiento de las normas; regulación de procedimientos gratuitos y ágiles para el ejercicio de los derechos de los afectados respecto a sus datos; reconocimiento de indemnizaciones adecuadas a los afectados por los incumplimientos de la normativa que les hayan producido daños.

10ª.- En íntima relación con el punto anterior, la existencia de una autoridad independiente para asegurar la implantación efectiva de las normas de protección de datos. Este organismo independiente debe tener capacidades de investigación, tutela de los afectados, y sobre todo competencias sancionadoras para imponer sanciones suficientemente disuasorias.

En estos diez puntos se resumiría, a grandes rasgos, el contenido del modelo europeo de protección de datos. En realidad, el conjunto de instituciones que constituye este modelo está ligado internamente por dos direcciones o principios más generales. El primero consiste en la existencia de restricciones normativas a la realización de una actividad muy concreta -el tratamiento de datos personales- con el objetivo manifiesto de proteger la intimidad de los individuos, de forma primaria o principal, pero también otros derechos, y en definitiva a la propia persona. La segunda es la preeminencia otorgada a la voluntad del afectado en todo lo que afecta al tratamiento de sus datos, de modo que disponga de un auténtico poder de control sobre su propia información, para lo que es necesario, antes de nada, que el individuo esté informado de todos los tratamientos de sus datos que se están realizando, lo que incide nuevamente en el reconocimiento de una autonomía o capacidad del individuo. Pero no debe caerse en el error de

pensar que sólo puede hablarse de la existencia de normas de protección de datos cuando en un ordenamiento jurídico se dan todas y cada una de estas notas. Por ejemplo, nadie afirmaría que el Convenio N° 108 del Consejo de Europa no es una genuina norma de protección de datos, y sin embargo, el GT29 manifestó en su primer informe sobre los criterios generales para determinar el nivel de adecuación (Documento WP04), que la ratificación del Convenio por un Estado no garantizaba, de por sí, el nivel de adecuación de su ordenamiento jurídico, porque el Convenio carece de dos de las características que integran el modelo europeo de protección de datos: la restricción de las exportaciones de datos a terceros países y la imposición de medidas coercitivas para reforzar el cumplimiento de la normativa. Tampoco, a nuestro entender, puede decirse que una norma sectorial de protección de datos, como las que regulan la prestación de los servicios de información sobre solvencia, o el tratamiento de la información médica, o el procesamiento de datos por una administración pública no sea de protección de datos. Por tanto, el carácter de norma protección de datos no depende de que estemos ante una ley “*omnibus*”, que se aplique en principio a todos los tratamientos de datos personales realizados en un territorio. Pero tampoco parece, por ejemplo, que la mera existencia de una norma que obligue a la confidencialidad o al secreto profesional sobre unos datos personales sea suficiente para considerar que existe un auténtico régimen de protección de datos, ya que algunas de estas normas han existido desde hace muchos siglos, sin que, indudablemente haya habido protección de datos en ese tiempo anterior.

Debemos plantearnos, pues, qué es lo que podemos extraer como mínimo común en todas las normas de protección de datos para que éstas puedan seguir llevando este nombre. A nuestro juicio, la respuesta consiste precisamente en las tres notas que hemos señalado al principio de este apartado: la existencia de un conjunto de normas jurídicas reguladoras del tratamiento de datos personales, que esas normas restrinjan el tratamiento, y que la finalidad de las mismas sea proteger la autonomía o autodeterminación del individuo. Desde esta perspectiva, serán normas de protección de datos, por supuesto, todas las que admiten íntegro el modelo europeo, pero también aquellas que sólo tienen regulaciones sectoriales de los tratamientos de datos realizados por ciertos sujetos o relativos a ámbitos concretos, como por citar algunos ejemplos, los realizados por la administración federal canadiense, los prestadores de servicios sobre información patrimonial y solvencia de los estados australianos de Australia del Sur y Victoria, ciertos cuerpos policiales de Nueva Zelanda o los profesionales sanitarios del estado de Nueva York. Y también serían normas de protección de datos aquellas que se limitan a reconocer los derechos de acceso y rectificación a los titulares de los datos (“*habeas data*”), aun cuando no exista ninguna otra institución jurídica de las que integran el modelo estricto de protección de datos, situación que se da, por

ejemplo, en muchas repúblicas latinoamericanas. En efecto, el derecho de acceso sobre los propios datos es una primera forma elemental o embrionaria del derecho a disponer sobre los propios datos, ya que, al conocer la información que sobre él se está procesando, un sujeto podrá prever al menos las consecuencias de dicho tratamiento y actuar en consecuencia, tratando, en la medida de lo posible, de mitigar los efectos negativos o beneficiarse de los positivos.

2.3. Algunas precisiones sobre los requisitos de la “protección de datos”

Antes de continuar, son precisas unas breves aclaraciones sobre cada uno de los tres requisitos que hemos enunciado al comienzo. Respecto al primero, se adopta la postura de considerar que “*protección de datos*” son normas jurídicas. En este sentido, hablaremos siempre de “*normas de protección de datos*”, “*derecho de protección de datos*” o “*derecho fundamental a la protección de datos*”. Algunos autores incluyen en el concepto de protección de datos la adopción de cualquier medida que proteja a la persona contra los perjuicios derivados del tratamiento de datos, ya se trate de medidas de carácter legal o de otro tipo, como por ejemplo, las consistentes en aplicar medidas de seguridad para evitar la difusión no autorizada de datos, las campañas educativas o informativas sobre los riesgos del uso de la informática, o la autoprotección del sujeto que se inhibe de facilitar sus datos personales a terceros⁷³. Nosotros en cambio pensamos que la protección de datos es una respuesta jurídica a un problema social⁷⁴. Por tanto, no habría protección de datos cuando por una práctica socialmente admitida sin sanción jurídica o por consideraciones meramente éticas, se establece algún tipo de restricción al tratamiento de datos personales. Si un responsable del tratamiento adopta las medidas de seguridad a que nos hemos referido sin que haya norma jurídica que obligue a ello, sea por exigencias éticas o por mera conveniencia, no habría protección de datos. Pero en cambio, cuando existe el deber jurídico de implantar estas medidas, estamos ante la presencia de una estructura de protección de datos. Lo anterior no obsta a que se pueda tener un concepto amplísimo de “*normas jurídicas*”, como tendremos en este estudio en lo sucesivo, de modo se incluirá en

⁷³ BYGRAVE, L., *Data Protection Law* (The Hague, Kluwer Law International, 2002), p. 21-22, que define así protección de datos: “*a set of measures (legal and/or non-legal) aimed at safeguarding persons from detriment resulting from the processing of information on them, and embodying all or most of the groups of principles on processing of personal information*”. Este autor incluye en su propio grupo de definiciones a la formulada por STEINMÜLLER, W., *Informationstechnologie und Gesellschaft* (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1993), p. 467, según la cual, la protección de datos es una pluralidad de medidas –de cualquier tipo– dirigidas a proteger al individuo contra los efectos nocivos de la informática.

⁷⁴ Como hace, por ejemplo, destacadamente, JÓRI, A., *Data protection law. An Introduction*, [en línea] (2006-2007), apartado 2.6. “*the notion of data protection (...) is a legal protection which aims at the protection of the privacy of individuals via regulating the processing of data that may be associated with them (personal data), while the collection of legislative provisions regarding such regulations are considered as data protection law*”.

este concepto tanto a las procedentes de cualquiera de las clásicas fuentes del derecho -textos legislativos, jurisprudencia, prácticas o costumbres vinculantes, e incluso la doctrina científica- pero también las difusas categorías que hoy se denominarían “*soft-law*”, como la autorregulación o los códigos de buenas prácticas, o incluso el contenido habitual de acuerdos contractuales típicos. Pero es preciso que exista un grupo o pluralidad de normas, y que estas formen una unidad en un conjunto organizado. Así, la una sola norma que recogiera aisladamente alguno de los elementos que hemos indicado en el apartado anterior, como por ejemplo el deber de secreto de los participantes en un tratamiento de datos personales, no sería suficiente para concluir la existencia de un régimen de protección de datos. La situación es con bastante probabilidad distinta en lo que respecta al derecho de acceso sobre los propios datos, ya que el derecho de acceso (al estilo del “*habeas data*” de algunos países latinoamericanos) suele ir acompañado de potestades complementarias sobre los mismos datos (por ejemplo, rectificarlos son son inexactos), bien en sede de regulación de protección de datos, bien como parte de una regulación jurídica más general. Y, en todo, caso, contiene una forma de control sobre los propios datos, y de defensa de la autonomía del individuo, ya que el afectado podrá, al menos actuar en consecuencia para la defensa de sus intereses en la forma que tenga por conveniente. Sobre todo, este carácter de auténtica norma de protección de datos se daría por ejemplo cuando el derecho de acceso se reconociera con carácter general sobre cualquier tipo de datos e incondicionadamente, lo que podría entenderse como que la norma jurídica apunta en el sentido de dar al afectado una herramienta para proteger su autonomía. Por tanto, aunque muy limitadamente, un derecho de acceso general permitiría hablar de un esquema de “*protección de datos*”, si bien muy limitado.

Al mismo tiempo, es imprescindible hacer una pequeña exégesis del sintagma más intensamente significativo del concepto de protección de datos, que se encuentra en todas las leyes que merecen este rótulo, y que hemos incorporado a nuestra definición: “*tratamiento de datos personales*”. No se trata de un concepto informático ni tecnológico, sino puramente jurídico y además específico de este sector del ordenamiento. Es un término lleno de ambigüedad, que ha provocado múltiples malentendidos y dificultades en la aplicación de la normativa. Esta falta de claridad deriva directamente de los propios problemas interpretativos que tienen, a su vez, los tres elementos que integran el concepto: los datos o información, la necesidad de que los datos sean personales, y el propio tratamiento de los datos.

Diremos aquí simplemente, primero, que sólo hay normas de protección de datos cuando la información se refiere a personas físicas o individuos, excluyendo en general a las personas jurídicas, lo que es congruente con la finalidad de este

sector del ordenamiento, que se dirige a garantizar el principio de autodeterminación, que por pura lógica, sólo puede predicarse de la persona física⁷⁵. Y segundo, que el concepto de “tratamiento” es enormemente amplio ya

⁷⁵ El C-108 se aplica sólo a los datos personales, pero su texto permite a cualquier Estado miembro, en el momento de su adhesión o posteriormente, declarar que aplicará el mismo, asimismo, “a informaciones relativas a agrupaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades, compañías o cualquier otro organismo compuesto directa o indirectamente de personas físicas, tengan o no personalidad jurídica” (artículo 3.2). Sin embargo la mayoría de los firmantes del acuerdo no han hecho uso de la esta posibilidad, y en tal caso, como dice el propio Convenio, nadie puede exigir a los órganos del Estado que apliquen dicha protección. En cambio, la Directiva 95/46/CE no contempla excepciones. Su Considerando 24 recuerda que las “legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de la presente Directiva” y que “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por «datos personales»: “toda información sobre una persona física identificada o identificable” [art. 2.1.a)]. En el derecho comparado, en general, únicamente se protege a las personas físicas bajo la rúbrica de “protección de datos”. Con todo, según Bennett, que escribe en 1992, antes de la Directiva 95/46/CE, las leyes de Noruega, Dinamarca, Austria y Luxemburgo protegen a las personas jurídicas en iguales o parecidos términos que a las personas físicas, BENNETT, C.J., *Regulating Privacy* (Ithaca-London, 1992), p. 115. *Vid.*, de todas formas, la p. 14, nota 2, donde afirma que el objeto propio de la protección de datos son los datos de personas físicas. Puede verse a este respecto, WALDEN, I.; SAVAGE, R. «Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations Be Protected?» *The International and Comparative Law Quarterly* (April 1988), Vol. 37, No. 2, p. 337-347. A estos países, habría que sumar Italia como el país más relevante en el que se ha ampliado con carácter general la protección de datos a las personas jurídicas. Así, el artículo 1.2.c) de la primera ley *omnibus* de protección de datos italiana, ITALIA. *Legge n. 675 del 31 dicembre 1996 Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali* [Ley n° 675 de 31 de diciembre 1996 de Tutela de las personas y de otros sujetos respecto al tratamiento de datos personales]. *G.U.* 8 de enero de 1997, n. 5, Supplemento Ordinario n. 3, definía “dato personale”, como “qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale”. La definición se mantuvo en la redacción original del art. 4.1.b) de la norma actual: ITALIA. *Codice in materia di protezione dei dati personali. Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196* [Código en materia de protección de datos personales. Decreto legislativo 30 de junio de 2003, N° 196]. *G.U.* 29 de julio de 2003, n. 174, Supplemento Ordinario n. 123, hasta que en 2011 fue modificada para definir dato personal expresamente por referencia a la persona física identificada o identificable. *Cfr.* ITALIA. *Decreto-Legge 6 dicembre 2011, n. 201, disposizioni urgenti per la crescita, l'equita' e il consolidamento dei conti pubblici* [Decreto-Ley 6 de diciembre de 2011, n° 201, de disposiciones urgentes para el crecimiento, la equidad y la consolidación de las cuentas públicas]. *G.U.* 6 de diciembre de 2011, n.284, Suppl. Ordinario n. 251, art. 40, 2.a), luego transformado en ley: ITALIA, *Legge 22 dicembre 2011, n. 214, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equita' e il consolidamento dei conti pubblici* [Ley de 22 de diciembre de 2011, n. 214, de conversión en Ley, con modificaciones]. *G.U.* 27 de diciembre de 2011, n° 300, Suppl. Ordinario n. 276. En Austria, según indican los Informes anuales preparados por el WP29 sobre la situación de protección de datos en los países de la Unión, existió en 2008 un proyecto para limitar el concepto de dato personal a los relativos a las personas físicas individuales, *cfr.* ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, *Twelfth Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy Covering the year 2008, op. cit.*, p. 12, pero no ha prosperado. En España tampoco han gozado las personas jurídicas de la protección de las normas generales de protección de datos. La vigente LOPD, “*sensu contrario*” pero con absoluta claridad, niega la protección de la ley a las personas jurídicas (art. 1: la presente “*Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar*”; mientras que el art. 3 a) que define datos de carácter personal como “*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”. Por su parte, el RLOPD dice expresamente que “*este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas*” (art. 2.2 RLOPD). La interpretación absolutamente negativa es sostenida por los tribunales del orden contencioso-administrativo y por la AEPD. Ortí Vallejo recuerda que el proyecto de ley de la LORTAD que el Gobierno remitió a las Cortes Generales incluía una Disposición Final 3ª que permitía extender la aplicación de la ley

que cualquier actividad que se lleve a cabo con los datos, o cualquier uso de los mismos, será considerado un tratamiento. Por decirlo con los términos de la legislación española, son las “*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*” [art. 3, c) LOPD]. La definición de la LOPD es muy similar a la del art. 5,t) RLOPD y 2.b) Directiva 95/46/CE. Pero en el contexto de la investigación que estamos llevando aquí no se requiere –lógicamente– que estas actividades se realicen a través de ordenadores. Tampoco las legislaciones actuales de protección de datos exigen que el tratamiento de datos sea automatizado. Hay que intentar aclarar aquí una cuestión que es permanentemente confusa en casi todas las jurisdicciones en las que opera algún concepto de protección de datos. La protección de datos surgió como una respuesta, desde el mundo del derecho, al problema de la informatización y de sus peligros al tratar información de carácter personal. Por eso, las legislaciones de protección de datos hablan a menudo de tratamiento “*automatizado*” de datos personales, que es el realizado a través de máquinas o aparatos que tienen cierta capacidad de funcionar sin intervención humana, o sea, de forma automática o como autómatas. Este funcionamiento automático de la máquina consiste normalmente en ejecutar una serie de instrucciones dadas por la persona que tiene capacidad de manejar o controlar el aparato. La información digital binaria es tratada automáticamente con unas máquinas denominadas ordenadores o, en español de Iberoamérica, computadoras. Aunque también es posible el tratamiento automático de información analógica y a lo largo de la historia se han construido aparatos que podían servir a esta finalidad, con carácter general se puede afirmar que hoy, al hablar de “*tratamiento automático o automatizado de la información*” estamos refiriéndonos a actividades realizadas con ordenadores, y en general al mundo de la informática. Pero al mismo tiempo, muchos ordenamientos extienden el ámbito de la protección de datos a los tratamientos no automatizados o manuales, como por ejemplo, los afectados por la Directiva 95/46/CE. Esta es una cuestión de derecho positivo, que varía en las diversas jurisdicciones, y en la que no podemos entrar aquí en detalle. Pero al menos el hecho de que haya un reconocimiento bastante extendido a que la

a “*entidades, sociedades y otras personas jurídicas*”, pero que dicha previsión fue suprimida gracias a una enmienda del Grupo parlamentario socialista del Congreso, *cfr.* ORTÍ VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática* (Granada, Comares, 1994), 74-79. De todas formas, hay diversos autores partidarios de ampliar el ámbito de la protección de datos a las personas jurídicas, como BYGRAVE, *Data Protection Law, op. cit.*, que dedica toda la parte III de su obra, p. 173-296, a esta cuestión, o en la doctrina española PÉREZ LUÑO, A.E. «La tutela de la libertad informática», en REGISTRO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Catálogo de Ficheros 2002*, [CD-ROM] ([Madrid], [2002]), [«Publicaciones»].

protección de datos incluye o puede incluir los tratamientos no automatizados⁷⁶, nos permite a nosotros incluir también estos últimos en nuestro concepto de protección de datos. Es cierto que, como dice Bennett, es un tanto extraño hablar de protección de datos para datos personales que no están contenidos en ordenadores⁷⁷, pero de lo que se trata es dar una respuesta jurídica a la situación jurídica a las enormes ventajas de rapidez, fiabilidad y capacidad de proceso que aporta la tecnología informática, por lo que, en la medida en que estas mismas capacidades sean replicadas, al menos en parte, por otra tecnología de la información, no debería haber problema en extender esta legislación también a ese otro tipo de tratamiento de datos. Pero es mejor apoyarse en el concepto de “tratamiento” que en el de “fichero”, como hacen en general las legislaciones de protección de datos avanzadas. Las primeras normas de protección de datos usaban el concepto de fichero, base de datos o “*banco de datos*” para describir su objeto, estableciendo así que debía haber un conjunto de datos estructurados. Pero este enfoque es tecnológicamente obsoleto, porque puede realizarse un tratamiento automático de la información, con todas sus ventajas, en informaciones no estructuradas⁷⁸. La existencia de un “fichero” como requisito para la existencia de normas de protección de datos ha tenido históricamente otra base de apoyo, que es precisamente la extensión de su ámbito a los tratamientos no automatizados, en cuyo contexto se exigía la presencia de un fichero estructurado como base para considerar que el tratamiento suponía una amenaza para el individuo⁷⁹. Pero en

⁷⁶ En las DOCDE se indica que las *Directrices* no deben ser interpretadas como que se aplican exclusivamente a los tratamientos automatizados (Párrafo 3, y Párrafos 34 a 38 de su “*Memoria explicativa*”). En el C 108 se establece, en similares términos que los que ya vimos para la extensión del ámbito de aplicación del mismo a las personas jurídicas, que los Estados pueden declarar que aplicarán el Convenio “a los ficheros de datos de carácter personal que no sean objeto de tratamientos automatizados”, aunque en tal caso dicha declaración no será exigible por otros Estados miembros (art. 3.2.c). Finalmente la Directiva 95/46 también ha incluido en su ámbito de aplicación los tratamientos realizados en ficheros manuales, estableciendo que el “tratamiento” se puede mediante operaciones automatizadas o no (art. 2.b), y que las disposiciones de su texto “se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero” (art. 3.1).

⁷⁷ BENNETT, *Regulating Privacy*, op. cit., p. 13: “it is also unusual to talk about data protection in relation to information that is not contained in computers”.

⁷⁸ La falta de necesidad de que exista un fichero estructurado cuando el tratamiento de datos es automatizado es una doctrina sobradamente asentada entre los organismos reguladores. En nuestro derecho se deriva principalmente del art. 2 LOPD y de las definiciones de tratamiento que se contienen en su texto legal, que se interpretan conforme al art. 3.1 de la Directiva 95/46/CE. Según esta doctrina, actividades tales como colocar nombres y apellidos, fotografías u otros datos personales en una página web (STJUE 6 de noviembre de 2003 “*Lindqvist*”; o SAN de 17 de marzo de 2006), insertar información personal en un foro de debate de Internet, o enviar un email haciendo visibles las direcciones de correo electrónico de los destinatarios, constituyen tratamientos de datos de carácter personal, aunque la información personal no está en un fichero estructurado.

⁷⁹ A diferencia de la LORTAD, que basaba su ámbito de aplicación en el concepto de fichero, la vigente LOPD, siguiendo la Directiva 95/46/CE, lo hace en el de tratamiento (art. 2 LOPD). El texto legal usa indistintamente las palabras “fichero” y “tratamiento” en todo su articulado, como palabras intercambiables y sin establecer diferencias, de régimen jurídico entre ellas. Lo mismo puede observarse en

puridad, no debería ser necesario el requisito de la estructura organizada en la base de datos para que una norma de protección de datos pudiera ser aplicada a un tratamiento no manual, ni tampoco el que haya una pluralidad de datos personales siendo objeto del mismo tratamiento⁸⁰. Obviamente, es completamente imprescindible, como establece de forma superflua la legislación española, que los datos de carácter personal estén registrados en soporte físico (art. 2.1 LOPD), ya que difícilmente podríamos hablar de “dato” en otro caso. Aunque, ciertamente, cuando más remota sea la analogía con el tipo de prestaciones que procuran los ordenadores en los tratamientos automatizados, más nos estaremos alejando del núcleo central de concepto de la protección de datos⁸¹.

El segundo requisito es que el contenido de las normas jurídicas consista en el establecimiento de restricciones al tratamiento automatizado de datos. Las normas, pues, limitan, impiden, dificultan o restringen el tratamiento. Esto significa que, desde la instauración del nuevo paradigma jurídico de la protección de datos a partir de los años 70, la actividad del tratamiento de datos personales ya no está fuera de las fronteras del mundo del derecho, sino que está sometida a un régimen jurídico que establece obligaciones, deberes o cargas. En muchos casos, los límites a la actividad del responsable vienen de la voluntad del afectado, ya que las

el RLOPD [cfr. definiciones del art. 6, l), m) y n) RLOPD]. Pero si se interpretan estas normas de conformidad con el art. 3.1 Directiva 95/46/CE, antes transcrito, deberían distinguirse entre dos situaciones diferentes: si el tratamiento es automatizado, siempre se aplica la legislación de protección de datos aunque no exista fichero organizado; en cambio, cuando el tratamiento es no automatizado, se requiere, además de que se traten datos personales, que los mismos figuren o vayan destinados a un fichero estructurado.

⁸⁰ Alguna resolución de la AEPD ha llegado a afirmar que para aplicar la normativa de protección de datos no es necesario que haya una pluralidad de datos, sino que basta con la presencia de un solo dato o registro (PS/00039/2004).

⁸¹ Hay mucha confusión en la práctica de la AEPD y en la jurisprudencia, aunque parece detectarse una tendencia a que con el mero registro de los datos en un soporte físico, aún cuando se trate de tratamientos no automatizados, es suficiente para aplicar la LOPD (SAN de 16 de febrero de 2006, que afirma que para la Sala “*el registro en soporte físico equivale a fichero en los términos de la LOPD*”; también SAN de 27 de abril de 2005 y 21 de septiembre de 2005). De este modo, no sería necesario el requisito del tratamiento, y sería suficiente con la presencia de un dato de carácter personal. Pero encontramos también resoluciones que afirman que la LOPD no es de aplicación cuando no existe un fichero organizado, incluso aunque el tratamiento sea automatizado. Muy ilustrativa del estado confuso de esta cuestión es la SAN de 18 de diciembre de 2006 (Rec. Núm. 241/2005), que anula –correctamente– una sanción en que una empresa había recibido por fax un “*currículum vitae*” sin consentimiento del afectado, y le había llamado para concertar una entrevista de trabajo y que argumenta así: “*para que una actuación manual sobre datos personales (recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo...) tenga la consideración de «tratamiento de datos personales» sujeto al sistema de protección de la Ley Orgánica 15/1999 es necesario que dichos datos estén contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, esto es, en un conjunto estructurado u organizados de datos con arreglo a criterios determinados. Si no es así, el tratamiento manual de datos personales quedará fuera del ámbito de aplicación de la Ley, no será un «tratamiento de datos personales» según el concepto normativo que la Ley proporciona. En realidad la existencia del «fichero» en el sentido legal es siempre precisa para que un tratamiento de datos personales esté sujeto al sistema de protección de la Ley. En los casos de tratamiento automatizado de datos -siempre sometidos a la Ley- es difícil imaginar la inexistencia de un fichero (aunque no se exija expresamente) puesto que los datos que se tratan mediante sistemas automatizados lo son siempre bajo unos criterios de estructura u organización previa*”.

normas de protección de datos le otorgan facultades de disposición sobre sus propios datos personales. Este poder de disposición se manifiesta, en primer lugar, en el mecanismo del consentimiento, que técnicamente es una forma de legitimación del tratamiento, o como se dice a veces en los países anglosajones, una de las bases del tratamiento (“*grounds for processing*”). También, en el derecho de oposición, muy vinculado a él, que en alguna de sus versiones consiste en la facultad del afectado de excluir sus datos de un fichero, es decir, a que éstos dejen de ser objeto de tratamiento automatizado, a su libre voluntad y sin necesidad de alegar causa alguna. Los derechos de rectificación y cancelación permiten al afectado ejercer un auténtico derecho subjetivo a que los datos sean rectificadas o suprimidos cuando no hay base legal para el tratamiento. Hay también una serie de figuras tendentes a facilitar al afectado conocimiento acerca del tratamiento de sus datos personales, como la publicidad del tratamiento, bien a través de la notificación obligatoria del mismo a una entidad de control, (con el correlativo derecho del afectado a obtener información al respecto, por ejemplo, consultando un registro público de forma gratuita), bien a través de la publicación de las características esenciales del tratamiento en un diario oficial, la información que debe darse al afectado antes o después de iniciar el tratamiento, o el derecho de acceso a sus propios datos y conocer su contenido, la finalidad para la que se tratan y a quien han sido cedidos. No hay, creemos, ningún régimen jurídico de protección de datos, que no reconozca alguna de estas facultades de disposición a favor del individuo, en mayor o menor medida. Algunos ordenamientos jurídicos se limitan a reconocer los derechos de los afectados a acceder a sus datos personales, y normalmente añadiendo los derechos de cancelación o rectificación, como ocurre a menudo con el llamado “*habeas data*” latinoamericano. Pero incluso aunque la única potestad del afectado fuera la de obtener el acceso a sus datos personales, sin poder rectificarlos o cancelarlos, esto ya significaría el otorgamiento de un cierto poder de disposición sobre sus propios datos, porque al menos el interesado podrá actuar en consonancia para proteger su persona, sus bienes o sus intereses. En cualquier caso, todas estas potestades jurídicas otorgadas al afectado suponen una interferencia en la esfera jurídica del responsable, y en el caso particular del derecho de acceso, en particular, un gravamen en términos económicos y organizativos. Ciertamente, los límites al ámbito de poder jurídico del responsable del tratamiento sobre los datos personales no vienen exclusivamente del derecho de disposición del afectado sobre sus propios datos: hay otras restricciones que no se explican por el principio de autonomía del afectado, sino por otro principio, el de tratamiento correcto o adecuado de los datos. Ambos forman parte del espíritu que sustenta la protección de datos, y ambas conducen a lo mismo: a limitar la actuación del responsable.

Y respecto al tercer requisito, decíamos que la finalidad o propósito de las normas debe ser proteger a la persona, en sentido amplio y específicamente, facilitar su autonomía. Esto quiere decir que la finalidad de la restricción en el tratamiento de datos personales no puede ser la seguridad del Estado, por ejemplo, o fomentar la confianza en determinadas instituciones o profesiones. Las normas de protección de datos se dictan en favor de la persona, para protegerla y defenderla. Y aquí, lamentablemente, no se puede ser mucho más concreto.

La protección de datos protege, por supuesto, la intimidad, que es el contexto principal en el que se ubican las leyes de protección de datos. La referencia a la intimidad no es sólo a su dimensión informativa, sino también a la decisional, es decir, en el sentido de la autonomía para tomar las propias decisiones personales. Pero otros bienes de la personalidad están protegidos igualmente por la protección de datos, prácticamente al mismo nivel que la intimidad. En primer lugar, el honor, que en palabras de Morales Prats, tiene “*una textura común*” con la intimidad⁸². A continuación, el derecho a la propia imagen, respecto al que la configuración de la imagen humana como un dato de carácter personal hace muy difícil que este derecho no acabe integrado, por completo o en una buena parte, dentro del ámbito de la protección de datos. Y lo mismo podría decirse de otros bienes o derechos de la personalidad (en la medida en que estos sigan existiendo como categoría jurídica operativa).

Pero pasando de esta categoría más bien doctrinal, a otra más propia del derecho positivo⁸³, puede afirmarse también que la protección de datos protege todos los

⁸² MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad* (Barcelona, Destino, 1984), p. 136. El ejemplo español es muy elocuente. Ya Grimalt Servera, en su estudio sobre la responsabilidad civil derivada del tratamiento automatizado de datos bajo la LORTAD, entendía que esta ley protegía por igual la intimidad y el honor de las personas. Cfr. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales* (Granada, Comares, 1999). Vid. a este respecto, como confirmación práctica de estos planteamientos doctrinales, la jurisprudencia del TS sobre vulneración al honor por inclusión indebida de datos en ficheros de solvencia que ya hemos visto.

⁸³ Constatamos simplemente que la expresión “*derechos de la personalidad*” aparece en norma de derecho positivo español muy raramente, y en general, en el contexto de determinar cual es el ámbito de la patria potestad de los padres sobre los menores y el alcance de las facultades de autogobierno de estos últimos (art. 168, 1º CC y otras normas paralelas en las legislaciones civiles forales, ahora autonómicas). Es cierto que la expresión se recogía en el art. 7 de la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, que establecía que no sería lícita la publicidad que lesionara los derechos de la personalidad, y en la famosa Exposición de motivos de la LORTAD, que indicaba que la finalidad de la ley era hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad pueden suponer el acopio y tratamiento de datos personales. Pero ambas normas, significativamente, están hoy derogadas, y en sus sucesoras no aparece la mención a este concepto. La expresión permanece residualmente en otra norma vigente sobre publicidad, la Ley 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional, cuyo art. 4, g) indica que la publicidad institucional debe respetar los derechos de personalidad, pero esta categoría se circunscribe únicamente a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Ni siquiera en la ley que más era apta para hacer un desarrollo legislativo completo del concepto de los derechos de la personalidad en el derecho español, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, las

derechos fundamentales que puedan figurar en cualquier catálogo constitucional. Así, por ejemplo, un ciudadano quizá desearía presentar una instancia a la Administración, o firmar un manifiesto de protesta contra una cierta política, pero se abstendrá de hacerlo si sospecha que sus datos personales reflejados en el escrito serán registrados y conservados, siendo susceptibles de ser utilizados posteriormente en su perjuicio. Ese mismo ciudadano quizá se retraiga de asistir a una manifestación plenamente legal si los cuerpos policiales graban el acto sin informar los motivos y finalidad de dicha recogida de datos⁸⁴. En un sentido similar, el TC tuvo la oportunidad de declarar que el acto de la policía consistente en fotografiar y filmar la acción de un piquete informativo supone una restricción de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la huelga, aun cuando dicha actuación no estuviera exenta de base legal, por la desproporción de la misma, indudablemente disuasoria del ejercicio de ambos derechos, pero sobre todo por la inexistencia de una regulación legal sobre los supuestos, procedimientos y garantías que rodean la grabación y conservación de los datos⁸⁵. No hay obstáculo en trasladar el mismo corolario al derecho fundamental de reunión. De modo parecido, el derecho de asociación se vería perjudicado si la información relativa a la identidad de los miembros de una concreta asociación fuera pública, porque en esas circunstancias algunas personas optarían por no formar parte de ninguna asociación. Un sistema de cámaras de vigilancia que permitieran crear una secuencia única exhaustiva, fuera de todo control legal, de todos los sitios y circunstancias en los que ha estado una persona, supondría sin duda una restricción del derecho a la libertad ambulatoria, porque muchos ciudadanos ya no se sentirían libres para ir a donde quisieran. La libertad de expresión, a la que a menudo se considera adversaria de la protección de datos, también queda en entredicho en ausencia de ésta, ya que si se sospecha que todas

referencias a los derechos de la personalidad no pasan de la Exposición de Motivos, donde simplemente para justificar el carácter “irrenunciable” de estos derechos se señala que “*los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciable*”. Por eso, puede la afirmarse que los derechos de la personalidad son una categoría más bien doctrinal, y no propia del derecho positivo. Y que justamente lo contrario ocurre con los derechos fundamentales. Cfr. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *op. cit.* En realidad, la gran cuestión acerca de los “derechos de la personalidad” es si no han desaparecido, subsumidos en los actuales derechos fundamentales.

⁸⁴ Ambos ejemplos citados por GRIMALT SERVERA, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, *op. cit.*, p. 23 y 24.

⁸⁵ STC 37/1998, F.J. 8º, “*hay que insistir en que se constata la desproporción de la medida si se tiene en cuenta su especial incidencia disuasora y, en consecuencia, limitadora del derecho de huelga, derivada de la inexistencia en aquel momento de específicas previsiones legales sobre los supuestos y procedimientos para llevar a cabo filmaciones, singularmente importantes en materia de conservación, puesta a disposición judicial y derechos de acceso y cancelación de las grabaciones, al margen de las previsiones generales contenidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*”. En el momento en que ocurrieron los hechos, la LORTAD no estaba vigente.

las manifestaciones verbales o escritas de una persona serán archivadas de forma que puedan ser recuperadas durante toda la vida de quien las hizo, los ciudadanos se cuidarán de expresar sus opiniones en temas políticamente sensibles. La libertad religiosa puede quedar afectada si nos vemos obligados a manifestar públicamente nuestra afiliación religiosa y éste dato es registrado y almacenado. Y así, un largo etcétera. Las diversas autoridades nacionales de protección de datos velan en muchas ocasiones por el efectivo cumplimiento de otras instituciones jurídicas tradicionales, que tienen en común con el derecho de protección de datos el establecimiento de algún tipo de restricción a la recogida, uso o almacenamiento de información de carácter personal: el secreto de las comunicaciones, los distintos secretos profesionales, el secreto del sufragio o la interdicción de expresión de preferencias religiosas. Este tipo de normas, que comparten con la protección de datos el objeto de su regulación –los límites al procesamiento de información personal–, están actualmente bajo su área de influencia y parece bastante probable que acaben absorbidas por ella. También en la raíz de la protección de datos está la prohibición o al menos sujeción a estrictos requisitos legales, de las decisiones automatizadas, es decir, aquellas que se toman exclusivamente por medios informáticos basados en tratamientos automatizados de datos personales. Este tipo de normas guardan probablemente relación con un miedo profundamente arraigado a las consecuencias de la automatización y del dominio de las máquinas sobre el hombre, pero su finalidad digamos “operativa” es proteger contra la arbitrariedad y asegurar el respeto a un “*debido proceso*” en la toma de decisiones de los poderes públicos, y en la medida en que pueda afectar a los ciudadanos en otros ámbitos, también a los operadores privados⁸⁶. El primer presupuesto de un “*debido proceso*” sería que la decisión sea tomada caso por caso por un hombre y no por una máquina. Finalmente, la protección de datos protege también la igualdad de trato y la interdicción de la discriminación, como reconocen un buen número de constituciones que contienen un reconocimiento del fenómeno de la protección de datos. En cualquier caso, hay que resaltar que la protección de datos no sólo protege la libertad personal, sino también las libertades políticas. Por tanto, puede afirmarse que la protección de datos protege todos los derechos fundamentales. Este es más o menos la orientación que se desprende del título y el articulado de la Ley “*omnibus*” francesa, la *Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cuyo título es bastante indicativo de la intención proteger las libertades (“*libertés*”), expresión francesa que equivale a lo que en otros

⁸⁶ La expresión “*debido proceso*” viene, obviamente, de la expresión “*due process*” de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal norteamericana. Es infrecuente en la tradición jurídica española, aunque algunas sentencias del TC, sobre todo recientemente, lo usan para sintetizar el conjunto de garantías procesales del artículo 24.2 CE: *vid.*, por ejemplo, SSTC 141/2010, 27/2013, 58/2014. En cambio, sin duda por influencia norteamericana, varias constituciones iberoamericanas incorporan el “*nomen iuris*” como garantía expresa en sus textos constitucionales.

ámbitos lingüísticos se denomina derechos fundamentales. Esta ley comienza afirmando, como si de una solemne declaración de principios se tratara, que la informática “*no podrá atentar contra la identidad humana, los derechos del hombre, la vida privada o las libertades individuales o públicas*”⁸⁷. En parecido sentido, el TC ha afirmado que, además de un derecho fundamental independiente, el artículo 18.4 CE es un “*instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad*”⁸⁸.

Pero ni los bienes de la personalidad ni los derechos fundamentales agotan el elenco de bienes jurídicos a que nos estamos refiriendo. Ni siquiera podría afirmarse que los bienes jurídicos objeto de la protección de datos son exclusivamente los de contenido moral o no patrimonial, porque una persona puede verse perjudicada en intereses puramente económicos, como el acceso al crédito y en la obtención de financiación para la adquisición de bienes y servicios si, por ejemplo, se encuentra indebidamente incluida en un fichero de morosos. En este caso el daño puede ser no solamente moral, sino también patrimonial. Incluso determinadas precauciones que aparecen en las leyes de protección de datos, y que se explican por el recuerdo de atrocidades cometidas durante la época de los totalitarismos y la Segunda Guerra Mundial, parecen dirigirse a la protección de los bienes más esenciales, como la vida, la integridad física, o libertad personal. Por tanto, no sirven para definir la finalidad de la protección de datos, ni los derechos de la personalidad (ya que hay derechos o bienes que no están incluidos en esta categoría y sin embargo forman parte indudablemente del elemento espiritual de la protección de datos, como los derechos de contenido político), ni los derechos fundamentales (ya que hay otros derechos que no son fundamentales y forman parte del ámbito de protección de este sector del ordenamiento).

Sería mejor hablar simplemente que la protección de datos protege a la persona “*y sus derechos*”, entendiendo aquí cualquier derecho, como hace en cierto modo el art. 18.4 CE. En este sentido, las leyes alemanas de protección de datos nos parecen singularmente acertadas en su formulación verbal: el §1(1) de la derogada Ley federal alemana de protección de datos (“*Bundesdatenschutzgesetz*”) de 1977 afirmaba bastante claramente que “*la misión de la protección de datos*”

⁸⁷ FRANCIA. LOI n° 78-17 du 6 du janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés [Ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades]. JORF, 7 Janvier 1978, p. 227-231, art. 1: “[L'informatique] ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques”.

⁸⁸ STC 254/1993, FJ 6º. Más claro aún, STC 292/2000, FJ 6º: “*el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado*”.

(*“Aufgabe des Datenschutzes”*) es tratar de impedir el daño a los *“intereses de los afectados dignos de protección”* (*“schutzwürdiger Belange der Betroffenen”*) a través de la protección de los datos personales contra el abuso o realización indebida de los tratamientos de datos⁸⁹. La vigente *Bundesdatenschutzgesetz* aprobada en 1990 afina más al afirmar que el propósito de la ley es proteger a las personas físicas de los perjuicios que puedan sufrir en su derecho a la personalidad (*“Persönlichkeitsrecht”*) como consecuencia del manejo de sus datos personales⁹⁰. Interesa mucho retener la idea que se contiene en este último precepto, porque es muy reveladora de la verdadera *“ratio”* de la protección de datos. Se puede transcender de la circunstancia particular del derecho alemán, donde el derecho a la protección de datos encuentra su acomodo en el derecho general a la personalidad (*“allgemeine Persönlichkeitsrecht”*) del art. 1.1 (dignidad de la persona) en relación con el art. 2.1 GG (libre desarrollo de la personalidad), para fijar una regla general aplicable a cualquier régimen jurídico de protección de datos, según la cual, su elemento inspirador principal, o uno de ellos, es la protección de la personalidad. Aunque sea cierto que puede llegar a proteger cualquier derecho, incluidos los de alcance puramente patrimonial y económico, lo cierto es que el corazón de la protección de datos es la protección de la personalidad, es decir, de aquellos bienes y derechos inherentes a la persona por el hecho de serlo, según lo que establezca cada ordenamiento jurídico. Volviendo al ejemplo de la inclusión indebida de datos en un fichero de morosos, incluso cuando el afectado dispone de una acción para cancelar o corregir una anotación desfavorable falsa, lo que le permitirá obtener un préstamo con más facilidad y beneficiarse de las ventajas económicas aparejadas, y también para reparar los daños patrimoniales sufridos por no haber podido acceder al crédito, lo cierto es que también se está protegiendo su personalidad, es decir, su honor, su reputación o su dignidad. Por tanto, la vinculación entre protección de datos y el derecho a la personalidad es indiscutible. Y esto significa, en nuestros días, que la protección de datos contribuye a que sea posible el libre desarrollo de la personalidad, o sea a crear las condiciones en que cada ser humano puede tomar por sí mismo las decisiones sobre todas las facetas de su vida.

⁸⁹ ALEMANIA. *Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG)*, vom 27 Januar 1977 [Ley para la protección del mal uso de los datos personales a través de su tratamiento (Ley federal de protección de datos - BDSG) de 27 de enero de 1977]. *BGBL.*, 1.Februar 1977, Teil I, Nr. 7, S. 201-213, §1 (1).

⁹⁰ ALEMANIA. *Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes Vom 20. Dezember 1990 (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG)* [Ley de desarrollo del procesamiento de datos y de la protección de datos, de 20 de diciembre de 1990 (Ley federal de protección de datos - BDSG)]. *BGBL.*, 29 de diciembre de 1990, Teil I, Nr. 73, S. 2954-2981, §1 (1): *“Zweck dieses Gesetzes ist es, den einzelnenn davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird”*.

Por tanto, la protección de datos funciona bajo el modelo de la autonomía o autodeterminación del individuo: esta es la finalidad de este sector del ordenamiento y a ella están orientadas sus normas. No serían protección de datos aquellas normas jurídicas que restrinjan el tratamiento de datos personales, incluso en beneficio de la persona, pero sin respetar su autonomía. En otras palabras, cuando decimos que protege a la persona, nos referimos a la persona moderna, actual, que es soberana y que dispone de total independencia para decidir sobre todos los aspectos de su vida sin estar atado por ideas religiosas, morales o sociales externas a él mismo. Por eso, como veíamos en el requisito anterior, todo régimen jurídico de protección de datos otorga a la persona, en algún grado, un derecho de disposición sobre sus propios datos personales.

2.4. Una definición de “derecho de protección del datos”

De acuerdo a las tres características que hemos analizado en los apartados anteriores, se entenderá por derecho de protección de datos lo siguiente: *“conjunto de normas jurídicas que regulan los tratamientos de datos personales, estableciendo restricciones a los mismos con objeto de proteger a la persona y sus derechos, especialmente su intimidad personal y familiar, y otorgando a cada individuo, en alguna medida, un derecho de disposición sobre sus propios datos tendente a garantizar su autodeterminación”*.

Nuestra definición no sería muy diferente de la que se encuentra, por ejemplo, en la primera monografía que analizó con detenimiento los aspectos jurídicos de la protección de datos, la obra de Frits W. Hondius, *Emerging Data Protection in Europe*, publicada en 1975. Al comienzo de este libro se indica que se van a analizar un conjunto de normas y textos, aparecidos en los últimos cinco años en Europa, diseñados para proteger los derechos, libertades e intereses de las personas físicas cuyos datos personales son almacenados, tratados y distribuidos en ordenadores, contra intromisiones contrarias a derecho, y para proteger la información almacenada contra la modificación, pérdida, destrucción o difusión no autorizada, ya sea realizada de forma voluntaria o involuntaria⁹¹. O por ejemplo, también sería similar a la del primer *Bundesbeauftragter für den Datenschutz* [Comisionado federal de protección de datos] alemán, Hans Peter Bull en una monografía publicada a comienzos de los años 80: la protección de datos es asegurar que las relaciones (“*Umgang*”) en las que haya un tratamiento de datos personales se lleven a cabo de modo correcto, constitucionalmente adecuado y en

⁹¹ HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit. p. 1. La cita completa en inglés será “[the term “data protection”] refers to the legal rules and instruments designed to protect the rights, freedoms and interests of individuals whose personal data are stored, processed and disseminated by computers against accidental or wilful unauthorised alteration, loss, destruction or disclosure”.

la forma legal prescrita, y con ello poder permitir la autodeterminación, la libertad de decisión y el desarrollo de la personalidad del individuo en el Estado industrial y administrativo moderno, e impedir excesivo potencial de detección de las características de la persona a través de la concentración de información⁹². Aclara este autor que esto es lo que debe ser la protección de datos “*rectamente entendida*” (“*recht verstanden*”), con lo que está advirtiéndolo implícitamente de que hay otras versiones de la protección de datos que no considera correctas. Aunque no lo haga explícito, Bull está probablemente pensando en las formulaciones que únicamente toman en consideración la voluntad del sujeto respecto a la información que le concierne. A nuestro juicio, aunque el poder de disposición sobre los propios datos es un ingrediente ineludible en el derecho de protección de datos, ésta se nutre también del componente del procesamiento “*correcto*” de datos conforme a derecho, o si se prefiere, el uso responsable de los datos.

2.5. Objeto de la investigación.

El objeto de esta tesis es analizar una institución jurídica actual, el derecho a la protección de datos personales, desde la historia, una de las perspectivas jurídicas posibles para su estudio. Se investigará el proceso que ha llevado a la situación presente, que hemos descrito someramente en apartados anteriores: la existencia generalizada en un amplio elenco de ordenamientos jurídicos de un conjunto de instituciones conocidas como “*derecho de protección de datos*”, en su configuración actual. La presente tesis trata, pues, de estudiar el entorno histórico en el que apareció y se desarrolló el derecho de protección de datos, así como la evolución de sus normas hasta su primera consagración como derecho fundamental. Se ha evitado deliberadamente que el objeto del estudio vaya a ser los “*orígenes*” del derecho de protección de datos, por lo que no se analizarán todos y cada uno de los precedentes más o menos remotos de las instituciones jurídicas actuales relativas a la protección de datos, ni tampoco se tratarán de averiguar los componentes genéticos de esas instituciones, sus ancestros ideológicos e intelectuales ni sus raíces en el sentido más amplio de la palabra, ni se tratará de dilucidar los componentes genéticos o la estirpe de las actuales normas jurídicas. Lo que se pretende es escribir una *biografía* y no dibujar un árbol genealógico completo. Si se nos permite seguir con la metáfora, en toda biografía que se precie, es inevitable hablar de las circunstancias del nacimiento

⁹² BULL, H. P., *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer* (München, Piper, 1984), p. 85, “*Datenschutz, recht verstanden, soll den fairen rechtsstaatlich angemessenen und in den gebotenen rechtlichen Formen stattfindenden Umgang mit personenbezogenen Daten gewährleisten und damit die Selbstbestimmung, Entscheidungsfreiheit und Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen in modernen Industrie- und Verwaltungstaate fördern und die Ansammlung übermäßiger Machtpotentiale durch Informationskonzentration verhindern*”

del biografiado, así como ofrecer un conocimiento, aunque sea somero, de su familia o al menos de sus padres, para a continuación pasar a describir su infancia y crecimiento hasta la madurez. Eso es justamente lo que pretendemos aquí: investigar, desde una perspectiva histórica, el conjunto de instituciones que hoy conocemos como protección de datos personales, analizando las circunstancias que rodearon su nacimiento, hasta al menos en el momento en que llegan a su madurez, de cara a facilitar su comprensión y procurar elementos que puedan ayudar a su mejor interpretación y aplicación.

3. ANTECEDENTES: LA SITUACIÓN ANTERIOR A 1890

3.1. El punto de partida: la mitad del siglo XVIII

Es casi banal afirmar que la recogida y manejo de datos de personas se viene produciendo desde la Antigüedad. Sin embargo, apenas si ha existido durante siglos ninguna norma jurídica que impidiera o restringiera el tratamiento, en el sentido amplio que estamos considerando considerado, de datos personales. Y las que existían, como veremos a continuación, no tenían como finalidad la protección de la personalidad del individuo, ni su intimidad, ni mucho menos ningún principio de autonomía.

Si ponemos nuestra mirada en el año 1750, que podemos considerar como un punto de partida fiable para nuestro estudio, todavía no habían comenzado a ponerse ninguna de las bases que acabarían dando como resultado el derecho de protección de datos personales. Tenemos que descartar como antecedentes válidos de este cuerpo normativo todas las posibles instituciones jurídicas que existían en aquel entonces y que alguna vez se han señalado como precedentes de la intimidad. Así, los secretos profesionales que proliferan en el Antiguo Régimen, y que en algún caso se venían arrastrando desde los siglos anteriores, como el secreto médico, de los profesionales jurídicos –abogados y notarios– o el secreto bancario, tienen como finalidad primordial la salvaguardia de los intereses de la profesión y la generación de la confianza necesaria para el funcionamiento regular de la misma. La tradicional protección del secreto de los testamentos y de la información obtenida a través de una especial relación de confianza, incluyendo los documentos de toda índole, tampoco se explica por la defensa de la autonomía del individuo⁹³. El secreto de confesión, que autores modernos consideran como un precedente del derecho a la intimidad⁹⁴, tiene en realidad una motivación básicamente pastoral, esto es religiosa, o por decirlo con palabras llanas, como una forma de facilitar que los fieles cristianos accedan al perdón del sacramento de la

⁹³ Balthasar entiende que en el derecho romano, y luego en el derecho común europeo hay base para entender la vigencia principio de protección general del secreto, no sólo de los testamentos, sino de todo tipo de documentos, que derivarían sobre todo de dos fragmentos del Digesto: D. 9, 2, 41, *pr.* y *in fine*, D. 16, 3, 1, 38; *cfr.* BALTHASAR, S., *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrech* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2006), p. 17-18, y 29-70. Pero es difícil estar de acuerdo con él, porque en las fuentes romanas, la acción de reparación se vincula bien a la existencia de una relación de confianza infringida, bien a la comisión de una injuria (para lo que es necesario un “*animus iniurandi*”), por lo que en lo que respecta a este último caso, usando el lenguaje jurídico de hoy diríamos que el bien jurídico protegido es el honor, no la intimidad. No hay evidencia alguna de la existencia de una protección general de la intimidad que otorgue un remedio jurídico contra los actos de conocer, revelar o divulgar informaciones que competan a una persona, sean de carácter íntimo o no, salvo en el caso específico de la transgresión de una esfera de confianza.

⁹⁴ BALTHASAR, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrech*, p. 20-21.

penitencia⁹⁵. La inviolabilidad del domicilio, que hoy consideramos parte integrante del derecho a la intimidad, tenía entonces como exclusiva justificación la defensa de la propiedad⁹⁶.

Es cierto que desde el derecho romano, ha existido una clara protección jurídica al honor, esto es a un aspecto de la personalidad, de la dimensión moral o espiritual de la persona, que como tal es diferente en esencia de otros intereses de la persona, como los patrimoniales o económicos. Esta protección ha vivido múltiples cambios para adaptarse a las nuevas condiciones sociales, tecnológicas políticas e ideológicas, demostrando una enorme versatilidad, sobre todo cuando, debido a la

⁹⁵ Cuando en el siglo V, el papa San León I Magno, en una carta fechada el 6 de marzo de 459 impone el carácter secreto de la confesión sacramental por un motivo es exclusivamente pastoral, ya que, aunque sea laudable la fe de aquellos que “*por temor de Dios no temen la vergüenza ante los hombres; sin embargo, como no todos tienen pecados tales que quienes piden penitencia no teman publicarlos, ha de desterrarse costumbre tan reprobable (...). Porque si no se publica en los oídos del pueblo la conciencia del que se confiesa, entonces si que podrán ser movidos muchos más a penitencia*”; DENZINGER, E., *El magisterio de la Iglesia* (Barcelona, Herder, 1963), 145, p. 56. Ciertamente es que, como afirma un manual de derecho canónico de la primera mitad del siglo XX, la obligación del secreto deriva tanto de la “*religión*” como de la “*justicia*”; NOLDIN, H., *De Sacramentis* (Ratisbona; Roma; Nueva York, Oeniponte; Rauch, 1935), p. 419. Es decir, no sólo hay razones pastorales, sino también, un acto de justicia en el hecho de no revelar lo recibido en un ámbito de confianza.

⁹⁶ Los casos que por la misma época que estamos viendo declararon una protección del Common Law para la inviolabilidad del domicilio y que se citan todavía en la doctrina moderna como precedentes válidos, figuran bajo el apartado relativo a “*protección la propiedad personal*” (“*Protection of personal property*”) porque ésta es la cuestión que subyacía detrás de esta regla de derecho, en el siglo XVIII, e incluso hoy. Por ejemplo, BARNETT, H., *Constitutional & Administrative Law* (London-Sidney, Cavendish Publishing Ltd, 2002), p. 743. Vid. el análisis de estos casos, como precedentes de la intimidad en PRATT, W., *Privacy in Britain* (Cranbury, NJ, Associated University Presses, 1979), en p. 48-50. Así, el *Semayne case*, fallado en el tribunal del *King’s Bench* en 1605, que fue la primera vez en la que se afirmó por un tribunal la famosa frase de que “*every man’s house is his castle*” [la casa de cada hombre es su castillo], con la que Warren y Brandeis cierran su *The Right to Privacy* en 1890. El caso aparece reportado de diversas formas: All ER Rep. 62, 5 Coke Rep 91 o 77 Eng. Rep. 194 (K.B. 1605). Puede encontrarse el texto de este fallo en *The Reports of Sir Edward Coke, Vol III, Parts V-VI, op. cit.*, como *Semayne’s case (Semayne v. Gresham)*, *In the King’s Bench*, 91a, p. 188-191. La frase original que encontramos allí es “*The house of everyone is his castle, and if thieves come to a man’s house to rob or murder, and the owner of his servant kill any of the thieves in defence of himself and his house, it is no felony and he shall lose nothing*”, y se debe a la opinión del gran jurista Edward Coke. Puede verse también *The Law Times*, Volume XLVIII, From November 1869 to April 1870 (January 8th, 1870), p. 182-183, aunque allí la cita literal es algo distinta. También, *Wilkes v. Wood* (1763), reportado como 98 ER 489 (1763), o el “*seminal case*” *Entick v. Carrington* (1765) También citado de varias formas. 95 ER 807, [1558-1774] All ER Rep 41, EWHC KB J98 (1765), citado varias veces por el SCOTUS. La entrada y registro de los oficiales reales era una forma de atacar impunemente la propiedad individual, pues realizaban destrozos y se podían llevar documentos u otros bienes propiedad del sujeto. Por la misma época en que se dictaban las sentencias que hemos señalado, Blackstone, en sus *Comentarios*, ubica este tema también principalmente en la defensa de la propiedad. Vid. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Vol. II - Books III & IV* (Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893), III, 19, p. 287, “*for every man’s house is looked upon by the law to be his castle of defence and asylum, wherein he should suffer no violence*”; III, 19, p. 287, nota 15, “[*it is the defendant’s own dwelling which by law is said to be his castle; for if he be in the house of another, the bailiff or sheriff may break and enter it to effect his purpose*”; IV, 16, p. 227-228, “*the law of England has so particular and tender a regard to the immunity of a man’s house that it styles it his castle and will never suffer it to be violated with impunity*”; también en BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Vol. I - Books I & II* (Philadelphia, J.B. Lippincott Co., 1893), I, 1, p. 135, “*so great moreover is the regard of the law for private property, that it will not authorize the least violation of it; no, not even for the general good of the whole community*”.

invención de la imprenta, la difamación por escrito dejó el papel secundario que tenía y pasó a ser el aspecto más importante de este conjunto de normas. Pero el derecho al honor siempre ha conservado el principio general de base que es que es contrario a derecho la difusión de informaciones denigratorias, vejatorias, ofensivas, o difamatorias. Esto ocurre, entre otros casos, cuando lo que se difunde es falso, pero a veces también cuando es verdadero, siempre y cuando, claro está, en cualquiera de ambos casos la información aporte una luz negativa o muestre una imagen desfavorable de la persona. En este sentido algunos ordenamientos tendían a admitir la “*exceptio veritatis*”, y otros, por influencia del derecho canónico medieval, no⁹⁷. Seguramente es válido para todos los sistemas jurídicos europeos la tendencia pendular que observa Pérez Martín, para los ordenamientos jurídicos hispánicos: de la consideración privatística romana se pasa a la publicística-penalista visigoda, para volver a la privatista-civilista medieval, y de nuevo a la publicista-penalista de la Edad Moderna y codificación, hasta nuestros días, en que claramente predomina la orientación privada de la injuria y difamación, cuyos daños se reclaman principalmente por vía civil⁹⁸.

Desde luego, en estrictos términos jurídicos, se puede afirmar rotundamente que hasta el final del siglo XIX, no ha existido nunca un derecho a la intimidad asimilable al que se da hoy en la generalidad de los sistemas jurídicos del planeta, esto es, el derecho de cada persona a mantener un ámbito personal y familiar reservado a resguardo del conocimiento de los demás, de forma general e incondicionada, que no es lo mismo que de forma absoluta y sin límites. Y es que, si se mira bien, en todos los posibles antecedentes, siempre que se otorga protección contra el acceso o difusión de la información personal es porque se daba alguna de las siguientes circunstancias:

⁹⁷ Como escribe Carlos Soria, la “*exceptio veritatis*” es una creación de los juristas medievales del Derecho Común, que beben de fuentes romanas y canónicas; *cfr.* SORIA, C., *Derecho a la información y derecho a la honra* (Barcelona, A.T.E., 1981), p. 53-54. El principio canónico “*veritas convicii non excusat*” pone en duda la licitud de difamar mediante la difusión de hechos verdaderos, y se contrapone al principio romano de que debe permitirse cualquier afirmación injuriosa si es verdadera y con ella se ponen de manifiesto los delitos ocultos. En los derechos modernos, en el lado más favorable a la admisión de la “*exceptio veritatis*” está el derecho alemán, donde puede notarse la “*extraordinaria amplitud que en él se atribuye a la prueba de la veracidad de la imputación* (“*Wahrheitsbeweis*”)”. que autoriza la prueba de la verdad en todos los casos en que ha habido alegaciones de hechos. Es tal la fuerza de este principio, que se ha llegado a hablar de un auténtico derecho a la verdad (“*Wahrheitsrecht*”); *cfr.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal, Tomo I, Vol. II* (Madrid, Revista de Derecho Privado, 1972), p. 1169. También se admite con amplitud la prueba de verdad en las acciones por libelo en los países anglosajones, donde es una exoneración casi absoluta de responsabilidad. En cambio, los sistemas latinos se muestran reacios a admitir la “*exceptio veritatis*”.

⁹⁸ PÉREZ MARTÍN, A. «La protección del honor y la fama en el Derecho histórico español» *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* (1991), nº 11, 117-156, p. 156.

- Se ha infringido una relación de confianza, creada por vínculo personal o de amistad, por la naturaleza de una relación contractual, o derivada del “*status*” de ciertas profesiones; o
- Se revelan circunstancias deshonrosas, que perjudican la estimación social o la dignidad de la persona (con lo que, en términos actuales diríamos que el bien objeto de protección es el honor); o
- Se causa una injuria con la revelación, por envidia o animadversión, atendidas las circunstancias y el ánimo subjetivo del infractor; o
- Lo que se revela tiene un carácter “*secreto*” derivado de la consideración legal o de los usos sociales.

En cambio, cuando hay un derecho a la intimidad, como tal, la protección jurídica contra la divulgación de información es incondicionada, ya que lo único que se requiere es que la información sea referida a aspectos íntimos, o simplemente que la información sea personal, dependiendo de la versión más o menos amplia del derecho a la intimidad a que nos refiramos. Deja de ser relevante que la información sea favorable o desfavorable para el sujeto, precisamente en una época en que comienza a ser muy complicado determinar qué es lo censurable desde un punto de vista ético⁹⁹. La verdad de lo accedido o divulgado cambia completamente de sentido, ya que, en vez de ser una causa de justificación de la acción jurídica, pasa a ser un presupuesto de la lesión del derecho: sólo se vulnera el bien jurídico intimidad cuando lo difundido es verdadero, ya que en otro caso no se lesiona la intimidad, sino el honor. Además, con el reconocimiento de un genuino derecho a la intimidad, la protección se hace general, en el sentido de que no está limitada a algún ámbito concreto, sino que opera en todos campos y situaciones posibles de la vida social. Y sobre todo, y quizá esto es lo más importante, la intimidad es un valor jurídico en sí mismo, y por tanto no sirve a otros intereses o bienes. Como aspecto relevante de la personalidad humana, está orientado a la autonomía del individuo, como herramienta indispensable para su propia autodeterminación.

⁹⁹ Como el historiador Angus McLAREN ha indicado, los tribunales habían protegido durante siglos el buen nombre de las clases sociales más favorecidas a través de las acciones de difamación (“*libel*” o “*slander*”), pero la aparición durante el siglo XIX de la figura criminal del “*chantajista*”, es decir aquel que extorsiona pidiendo dinero a cambio de no revelar algún tipo de acción deshonrosa real o ficticia, hizo emerger súbitamente la terrible posibilidad de que el patrimonio de los ricos pudiera ser saqueado por quienes amenazaban no con contar mentiras dañinas, sino verdades obscenas McLAREN, A., *Sexual Blackmail* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2002), p. 28.-29, citado en SOLOVE, D. J., «A taxonomy of privacy» *University of Pennsylvania Law Review*, (January 2006), Vol. 154, No. 3, 477-566, p. 539.

Una pequeña mirada sobre la realidad de los tratamientos de datos del periodo del Antiguo Régimen, nos muestra que éstos operaban desde bases exactamente contrarias a las de que hoy fundamentan las leyes de protección de datos. Así, por ejemplo, los Estados del Renacimiento y el Barroco hubieran considerado una aberración comportarse de forma transparente con los afectados en lo relativo al tratamiento de sus datos personales, dada la general estimación del secreto como guía directriz de todo lo relativo al manejo de información, personal o no¹⁰⁰. La Inquisición española, rodeada de un absoluto secretismo y a su libre arbitrio, recabó un impresionante archivo con datos personales del tipo que las leyes actuales consideran “especialmente protegidos”¹⁰¹, sin que los interesados pudieran acceder a los mismos ni tuvieran el más mínimo poder de disposición sobre ellos¹⁰². Ninguna garantía de confidencialidad rodea los libros parroquiales

¹⁰⁰ Como es sabido, las obras políticas del periodo hacen un descomunal elogio del secreto, del que se llega a decir que “*es la observancia del secreto en todas las acciones grandes, el alma de los buenos sucesos, y en la guerra, en el ingenio de la fortuna, no la hay cumplida sin él. El guardarle conservó las monarquías, el perderle las atrasó*”; cfr. HERNÁN, A.; SANTOS M. (eds.), *Sentencias político-filosófico-teológicas* (Barcelona, Anthropos, 1999), p. 14, cit. en NAVARRO BONILLA, D., *La imagen del archivo* (Gijón, Trea, 2003), p. 77.

¹⁰¹ Siguiendo la exposición de Lea, como la práctica de la Inquisición era pedir a los acusados información detallada sobre su cónyuge y todos sus ascendientes, descendientes y parientes colaterales, y sus respectivos cónyuges, así como cualquier hereje que pudiera conocer o haber oído extender la herejía, (y no permitir la reconciliación del reo hasta que no daba todos estos datos), y toda esta ingente información se indexaba y archivaba cuidadosamente, en unas décadas de actividad, la Inquisición pudo tener un directorio razonablemente completo de todas familias e individuos sospechosos de herejía en España. En el siglo XVI comenzaron a manejarse listas completas de penitenciados y reos para uso de los alcaldes de las prisiones y de los visitantes, estas últimas para comprobación de los “*sanbenitos*” colocados en las iglesias. A partir de 1635 se empezaron a realizar listas alfabéticas de las personas juzgadas con referencias a los papeles que se relacionaban con ellos. Y en el siglo XVIII se llegaron a crear los denominados *Libri Vocandorum* o Libros de testificados, cuyo funcionamiento explica Lea así: cada vez que se denunciaba o se investigaba a alguien, se introducían sus datos personales en listas alfabéticas, ordenadas por nombres de pila impuestos en el bautismo, que se transmitían a todos los tribunales. Estas listas comprendían el nombre, descripción de la persona, el delito denunciado y un hueco en blanco para completar el resultado del procedimiento. Cfr. LEA, H. C., *Historia de la Inquisición Española, Vol. II* (Madrid, Fundación Universitaria Española, 1983), p. 117-118. Comentando este archivo, dice Escamilla-Colin que tres siglos antes de la invención de la informática, se había diseñado un sistema con la misma función: ESCAMILLA-COLIN, M. «L’Inquisition espagnole et ses archives secretes» *Histoire, économie & société* (1985), 4e année, n°4, 443-477, p. 448, 458.

¹⁰² El Santo Oficio fue el dueño absoluto de la información personal y dispuso de ella a su libre arbitrio. Es completamente impensable el ejercicio de lo que hoy llamaríamos derecho de rectificación o cancelación, pero es que también se excluyó todo atisbo de derecho de acceso. Por ejemplo, en 1556 la Suprema prohibió que los tribunales comunicasen sin su autorización expresa cualquier información que sirviese para probar que una persona no había sido condenada o procesada por el Santo Oficio; cfr. LEA, *Historia de la Inquisición Española, Vol. II, op. cit.*, p. 117-118, quien afirma que hubo alguna vacilación antes de adoptar esta orden. Encontramos la noticia también en PÉREZ, J., *Crónica de la Inquisición en España* (Barcelona, Martínez Roca, 2002), p. 323 y 324. Lea nos narra que en 1576, la Suprema ordenó al tribunal de Valencia borrar de sus archivos de una determinada persona, ya que no había sido detenido por causas relacionadas con la fe. Hubo otros casos similares, y todos ellos muestran tanto el poder absoluto de que dispuso la Inquisición para incluir o eliminar datos, como la importancia que el propio organismo daba la exactitud de sus archivos y, muy especialmente, la inmensa trascendencia social que estar o no en dichos archivos suponía en la España de la época; cfr. LEA, *Historia de la Inquisición Española, Vol. II, op. y loc. cit.*

(otro tratamiento de nivel alto), que fueron el tratamiento de información personal más importante en todas las sociedades occidentales durante siglos¹⁰³. Ni rastro hay tampoco de principios esenciales de la moderna protección de datos, como los calidad de datos, limitación al propósito inicial, proporcionalidad o legitimación.

Pero tampoco existían grandes tratamientos masivos de datos personales dignos de este nombre. Ni se realizaban censos periódicos que comprendieran al conjunto de la población, ni existían ficheros hoy habituales, como los que sirven a las finalidades electorales (el censo electoral) gestión tributaria, o cumplimiento de otras obligaciones ciudadanas (como el servicio militar). Los tratamientos de datos personales más importantes que entonces se realizaban, como los padrones municipales o los libros parroquiales¹⁰⁴, estaban completamente descentralizados, porque eran responsabilidad de autoridades locales. Por su parte la única tecnología de la información digna de ser reseñada en aquella época era la imprenta, que permitía la difusión de datos personales a un gran número de destinatarios, aunque no la acumulación ni la ordenación de grandes cantidades de datos sobre una misma persona.

En definitiva, el punto de partida que nos hemos fijado es adecuado, porque a nuestro juicio, es claro que tiene mucho más sentido la que Ruiz Miguel llamó “teoría racionalista” que la “teoría histórica”. Es decir, el alba del derecho a la intimidad se sitúa en la época racionalista e ilustrada, cuando la burguesía asciende a la cúspide del poder social y político, sin que pueda sostenerse, por tanto, que toda sociedad humana, desde los orígenes de la historia, haya valorado la

¹⁰³ Con el Concilio de Trento, la obligación de llevanza de los libros parroquiales se hace universal. El famoso Decreto sobre la reforma del matrimonio, aprobado en la sesión XXIV del Concilio, que tuvo lugar el 11 de noviembre de 1563 (*Decretum de reformatione matrimonii*, llamado comúnmente “*Tametsi*”, por la primera palabra de su texto latino), obligó a todas las iglesias particulares a establecer libros parroquiales. En dicha norma se hacen obligatorios para toda la Iglesia Católica los libros de matrimonios, con la obligación de apuntar los nombres de los cónyuges, los testigos, la fecha y lugar de la boda, y los de bautismos, anotando aquí el nombre de los bautizados y de los padrinos; cfr. Decreto “*Tametsi*”, Cap. I: “*habeat parochus librum, in quo conjugum, et testium nomina, diemque et locum contracti Matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat*”; citamos por el texto latino de *El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento* (Barcelona, Imprenta de Ramón Martín Indar, 1847), p. 281. Pero no fue hasta 1614 cuando se estableció una regulación detallada de la forma de llevar los libros parroquiales. Esta obligación se incluyó en un texto litúrgico, no jurídico, el *Rituale Romanum*, cuya primera edición se ordenó en 1614 por la Constitución *Apostolicae Sedis* del papa Pablo V. Según la primera edición del *Rituale*, los párrocos deben llevar cinco libros (los que serían conocidos como “*quinque libris*”): bautizados, confirmados, matrimonios, del estado de las almas (“*status animarum*”) y de difuntos.

¹⁰⁴ De interés las definiciones que encontramos en el *Tesoro de la Lengua Castellana*, de Sebastián de Covarrubias, en el que aparece “*padrón*” como “*la nomina donde escriben a cada uno, poniendo en ella los nombres de sus padres, empadronar, alistar*” y empadronar como “*asentar a algunos en los libros de los pechos, y alcavalas, y porque ponen allí los nombres de cuyos hijos son, porque no ayaa equivocación, ni yerro, se llamó empadronar*”; se ha consultado la siguiente edición: COVARRUBIAS OROZCO, S., *Tesoro de la lengua castellana o española [precedido del Del origen y principio de la lengua castellana, o Romance que oy se vsa en España/compuesto por el Doctor Bernardo Aldrete]* [en línea] (Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes; Biblioteca Nacional, 2006).

intimidad como un bien digno de aprecio y reconocimiento¹⁰⁵. La intimidad es un concepto completamente moderno, producto de una larga decantación histórica que hunde sus raíces en el Humanismo, la Reforma protestante y en los propios orígenes de ambos. Nadie duda de que este derecho es una derivación de la libertad personal en sentido moderno: es decir, la libertad de organizar la conducta y la vida personal como uno tenga por conveniente. En definitiva, es de esta idea fundamental del liberalismo político de la que arranca el derecho a la intimidad. Todo esto es sobradamente conocido, y no necesita ser reiterado, pero sí parece interesante recalcar que aunque Hobbes, Constant o Mill, entre otros, pudieran haberse referido a un ámbito privado de actuación en el que ni el Estado ni otros ciudadanos pueden inmiscuirse, todavía no están hablando de intimidad, sino únicamente de individualismo, o a lo sumo de libertad personal¹⁰⁶.

3.2. Los cambios del siglo XIX.

Como veremos en los apartados siguientes, a lo largo del siglo XIX, comienzan a darse los primeros pasos para que en 1890 aparezca el reconocimiento de un derecho a la intimidad. Como dice Castán, ninguna norma jurídica es completamente original, ni carece de alguna conexión con ninguna tradición jurídica anterior¹⁰⁷. Por tanto, el derecho a la intimidad de Warren y Brandeis no surge de la nada, sino de pequeños desarrollos jurídicos que van dirigiéndonos poco a poco hacia este resultado. Daremos ahora un par de apuntes que faciliten la “*precomprensión*” de estos desarrollos jurídicos.

En primer lugar, por contraste con los siglos anteriores, en los que apenas si puede reseñarse alguna mejora técnica aislada, el siglo XIX es un periodo de tiempo que registra un espectacular avance de las tecnologías de la información. Por supuesto, estas mejoras tecnológicas se encuadran en la Revolución Industrial, o mejor dicho, en la llamada “*Segunda Revolución Industrial*”, que es como la historiografía actual conoce generalmente a la segunda fase de la Revolución

¹⁰⁵ RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, p. 7-9. En este sentido, WESTIN, A., *Privacy and Freedom* (New York, Atheneum, 1967), p. 8-22, que transmite la idea de que la intimidad es algo que se da necesariamente en toda sociedad humana, también en las primitivas e incluso en el reino animal.

¹⁰⁶ Autores todos ellos citados en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid, Tecnos, 1990); p. 45-54. ROMERO COLOMA, M. «El derecho a la intimidad privada y su problemática (I)», *op. cit.*, p. 2245, centra la raíz teórica del derecho a la intimidad en el fuero interno que Tomasio y Kant sitúan fuera de la acción del Estado.

¹⁰⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. 1º (Madrid, Reus, 1962), p. 413: “*las disposiciones legales, aún aquellas que ofrezcan mayores apariencias de novedad, son siempre reproducción, modificación o desarrollo de un Derecho preexistente*”

Industrial, entre 1850 y 1900, aproximadamente¹⁰⁸, caracterizada por las notas de extensión geográfica (no limitada a Gran Bretaña, como en la primera Revolución Industrial), gran acumulación de capital, desarrollo del transporte y las comunicaciones y uso de la electricidad. Precisamente, ésta última ha tenido gran importancia en el desarrollo de las tecnologías de la información. De hecho, la primera aplicación práctica de la electricidad fue el telégrafo eléctrico. Entre las mejoras de las tecnologías de la información pueden citarse las máquinas rotativas, que usaban cilindros con la superficie de impresión curvada, a través de los cuales pasaba una bobina de papel aumentando enormemente la velocidad de impresión, lo que hizo a la industria de las artes gráficas a partir de 1850 técnicamente capaz de servir a las necesidades de la prensa de masas, que alcanzó a finales de siglo los cientos de miles de ejemplares de difusión diaria¹⁰⁹; la composición de textos mucho más rápida en la imprenta a través de la linotipia, construida por el relojero alemán nacionalizado estadounidense Ottmar Mergenthaler, instalada por primera vez en el New York Tribune en 1886¹¹⁰; la fotografía, campo en el que Louis Daguerre construye su Daguerrotipo en 1839, basado en las propiedades fotosensibles de la plata, que llegó a ser popular en la sociedad burguesa el S. XIX por su utilización en la realización de retratos, aunque la fotografía moderna es deudora más los procedimientos que se basaban en la obtención de negativos, que

¹⁰⁸ Así, por ejemplo, Lewis Mumford, en su obra *Technics and Civilization* (1932), ya señaló que la fase actual –entonces– del desarrollo tecnológico de la máquina es lo que llamo la “era neotécnica”, basada en las aleaciones de metales y la electricidad. Según afirma, “hacia 1850 una buena parte de los descubrimientos científicos fundamentales de la nueva fase se habían realizado: la pila eléctrica, el acumulador, la dinamo, el motor, la lámpara eléctrica, el espectroscopio, la teoría de la conservación de la energía. Entre 1875 y 1900 la aplicación detallada de estos inventos a los procedimientos industriales se realizó en la central eléctrica, en el teléfono y en el radio telégrafo. Finalmente, una serie de invenciones complementarias, el fonógrafo, el cinematógrafo, el motor de gasolina, la turbina de vapor, el aeroplano, estaban todas esbozadas, si no perfeccionadas hacia 1900”, “la comunicación personal instantánea a largas distancias es uno de los signos más sobresalientes de la fase neotécnica”; cfr. MUMFORD, L., *Técnica y Civilización* (Madrid, Alianza Editorial, 1971), p. 234 y 259, respectivamente. Con claridad, PASDERMADJIAN, H., *La segunda revolución industrial* (Madrid, Tecnos, 1960), de donde extraemos las siguientes citas: “pero en realidad, nuestro sistema industrial actual, tal como se nos presenta a mediados del siglo XX, si bien es cierto que nació de una primera revolución acaecida en el siglo XVIII, es principalmente el producto de una segunda revolución industrial que comenzó aproximadamente hacia 1870 y 1888, es decir, inmediatamente después de la guerra de Secesión y de la guerra franco-alemana y que, más directamente que la primera revolución, ha contribuido a conformar nuestra época, a proporcionarle sus medios de producción, a determinar sus formas de vida y a imponerle su ritmo”, “de hecho, los dos o tres últimos decenios del siglo XIX fueron señalados por una especie de ampliación de horizontes y de aceleración de corrientes ya existentes. Todo ello inauguró, sin duda alguna, una nueva fase en la historia económica del mundo...”, p. 23-24 y p. 15. Aunque no faltan quienes alargan este periodo de tiempo, por ejemplo, ÍÑIGO FERNÁNDEZ, L., *Breve historia de la Revolución Industrial* (Madrid, Nowtilus, 2012), p. 64 y s. afirma que los distintos estudios ponen el fin de esta segunda fase entre 1900 y 1970.

¹⁰⁹ GOBLE, C. «Newspaper Technology», en BLANCHARD, A., *History of the Mass Media in the United States* (New York, Routledge, 2013), 457-462, p. 458-460.

¹¹⁰ GUILLAMET, *Història del periodismo* (Valencia, Universitat de Valencia, 2003), p. 19; WILLIAMS, *Historia de la Tecnología, Volumen 5, Desde 1900 hasta 1950 (II)*, (Madrid, Siglo XXI, 1987), p. 423-427.

tratados químicamente, permitían extraer copias en positivo sobre papel, como el calotipo o talbotipo, patentado en Inglaterra en 1841 por William Fox Talbot; el telégrafo, que después de varios ensayos con el telégrafo óptico, se basó en la electricidad y a partir de 1833 comenzaron a tenderse las primeras líneas¹¹¹; el teléfono, cuyos primeros prototipos de teléfonos se presentaron en la Exposición de Filadelfia de 1876, debidos trabajos independientes de Graham Bell y Elisha Gray, comenzando a comercializarse los servicios telefónicos desde 1879¹¹²; Y finalmente, los procedimientos técnico para transferir directamente las tonalidades de la fotografía al papel, conocidos como “*medios tonos*”, gracias a los cuales el periódico *Daily Graphic* publicó el 4 de marzo de 1880 la primera fotografía sin emplear la xilografía o el grabado, lo que se considera el acta fundacional del fotoperiodismo¹¹³.

En segundo lugar, durante el periodo que examinamos ahora, el Estado moderno, principal centro generador y demandante de información personal, da un salto gigantesco en los que respecta a los tratamientos de datos personales, tanto en capacidad, como necesidades y ambición. Comienza a convertirse en esa entidad casi omnipresente, perfectamente familiar para los hombres de hoy, que pretende controlar todos los aspectos de la vida humana, y a la que pocos sucesos relevantes de la existencia de cada uno no le son conocidos. La historia del siglo XIX nos enseña que hay ocasiones en que el Estado fracasa en sus propósitos de llevar a cabo tratamientos de datos personales porque no dispone de los medios suficientes para materializar sus pretensiones. Pero su intención es clara: contar con muchos tipos de registros detallados de datos de personas para las diversas finalidades o funciones que la organización estatal comienza a asumir como propias. El insaciable apetito estatal de información marca una tendencia que no se ha interrumpido hasta hoy, sino que se ha acelerado por las mejoras tecnológicas y

¹¹¹ Sobre el telégrafo eléctrico, seguimos básicamente la exposición de OTERO CARVAJAL, L. E. «El Telégrafo eléctrico, 1833-1900», en BAHAMONDE MAGRO, Ángel (dir); MARTÍNEZ LORENTE, Gaspar; OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, *Las comunicaciones en la construcción del Estado contemporáneo en España. 1700-1936*, (Madrid, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, 1993).

¹¹² Para este apartado se sigue principalmente la exposición de BAHAMONDE MAGRO, Á.; OTERO CARVAJAL, L.E. «El teléfono. El nacimiento de un nuevo medio de comunicación, 1877-1936», en BAHAMONDE MAGRO *et alii.*, *Las comunicaciones en la construcción del Estado contemporáneo en España. 1700-1936*, *op. cit.*; las mismas ideas en OTERO CARVAJAL, L. E. «El sistema de comunicaciones en la España de 1900», en BAHAMONDE MAGRO, Á.; MARTÍNEZ LORENTE, G.; OTERO CARVAJAL, L.E., *El Palacio de Comunicaciones. Un siglo de historia de Correos y Telégrafos* (Madrid, Correos y Telégrafos/Editorial Lunwerg, 2000); la evolución legislativa con todo detalle en GUTIÉRREZ ALONSO, J. «Proceso de integración de las redes telefónicas de San Sebastián y Guipúzcoa en la CTNE» *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2007, Vol. 29, p. 75-94.

¹¹³ CARLEBACH, M. L. «Photojournalism in the Nineteenth Century», en BLANCHARD *History of the Mass Media in the United States*, *op. cit.*, p. 514-516; WILLIAMS, *Historia de la Tecnología, Volumen 5, Desde 1900 hasta 1950 (II)*, *op. cit.* p. 420-421.

por la ampliación del ámbito de las personas que son objeto de tratamiento, que en el siglo XIX todavía no es universal. Algunos de estos nuevos tratamientos de datos masivos, destinados a tener gran importancia en el futuro, surgen ahora como consecuencia de nuevas necesidades políticas no experimentadas en épocas anteriores. Nos referimos a la aparición de la democracia parlamentaria, que llevó a la creación de las listas o ficheros de electores, y al reclutamiento forzoso de ciudadanos varones para proveer de soldados a los nuevos ejércitos nacionales. Otros ya se daban, pero ahora se racionalizan y mejoran, como los censos de población y los ficheros de carácter fiscal.

El censo federal norteamericano es el primer caso de censo regular moderno, que recoge periódicamente datos personales con finalidades estadísticas o demográficas. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 establece en su Artículo I, Sección 2, párrafo 3º: *“Tanto los Representantes [los miembros de la Cámara de Representantes] como los Impuestos directos serán prorrateados entre los diversos Estados (que estén integrados a esta Unión, de acuerdo a su respectivo Número, el cual se determinará sumando al Número total de Personas libres; en el cual se incluye a los que estén obligados a prestar Servicio por determinado Número de Años y se excluye a los Indígenas que no estén sujetos al pago de impuestos; las tres quintas partes de todas las demás Personas). La Enumeración real se efectuará en el curso de los tres Años siguientes a la primera Reunión del Congreso de los Estados Unidos, y después en cada Periodo subsiguiente de diez Años, en la Forma en que aquél lo dispusiere por Ley...”*. Por tanto, la intención de los Padres constituyentes fue que el poder político de cada Estado en la Cámara de Representantes será el reflejo de su población, no de su riqueza. Este poder proporcional debe revisarse cada 10 años para reflejar la evolución de la población, a través de la realización de un censo. Cumpliendo la previsión constitucional, el primer censo se efectuó en 1790. A partir de ahí se ha realizado, sin excepción ninguna, cada diez años, esto es, cada año terminado en “0”, hasta nuestros días.

La historia del censo¹¹⁴ muestra una constante ampliación de la información personal recogida. Desde el primer censo, de 1790, hasta el sexto, de 1840, únicamente recogía el nombre del cabeza de familia, junto con el número total de personas en su familia, con diversas clasificaciones por raza, edad, y otros

¹¹⁴ Seguimos aquí básicamente las exposiciones de WRIGHT, C.D., *The History and Growth of the United States Census* (Washington, Government Printing Office, 1900), y *The Story of the Census. 1790-1915* ([Washington], Department of Commerce, Bureau of the Census, [c. 1915]). Además, en lo que respecta a la confidencialidad del censo, es de utilidad una monografía publicada por la propia Oficina del Censo: *A Monograph on Confidentiality and Privacy in the U.S. Census*, [en línea] (July 2001). Puede verse aquí también *Computers, Records and the Right of Citizens*, op. cit., Appendix C «Confidentiality and the Census, 1790-1929», p. 178-201.

indicadores. A partir del séptimo censo, en 1850, se pasó a recabar el nombre, edad, lugar de nacimiento y otros particulares de cada miembro de la familia, incluyendo a las personas libres y a los esclavos¹¹⁵. Los censos de 1860 y 1870 fueron parecidos, aunque siempre ampliando el ámbito de la información recogida. En 1880, se diseñó un censo mucho más ambicioso, con muchísimo más detalle en la recogida de información, lo que se mantuvo, en líneas generales, aunque nuevamente con una leve ampliación, en el de 1890, pero en éste, comenzaron a recabarse, además de los datos personales que ya anteriormente se venían obteniendo, nuevos datos como el tipo de relación familiar con el resto de personas de la familia, el estado civil, el lugar de nacimiento de los padres, estado de salud, minusvalías físicas, situación laboral, con detalle del número de meses que había estado contratado o desempleado. Esta ampliación del contenido del censo, mucho más allá de la previsión constitucional, que sólo se refería a una enumeración de personas, se llevó a cabo con el consentimiento implícito del SCOTUS, que nunca puso el menor reparo en ello¹¹⁶.

Lo interesante para nosotros es que a lo largo del siglo, de forma autónoma, es decir, sin influjo externo aparente, comienzan a aparecer obligaciones de confidencialidad. En los primeros censos, entre 1790 y 1840, los ayudantes de los “marshals”, que son los que materialmente realizaban la recogida de datos, debían colocar los datos censales en los lugares públicos más importantes del correspondiente distrito para que pudieran ser revisados los ciudadanos locales, y de este modo, en su caso, ser objeto de reclamación o corrección¹¹⁷. En el censo de 1840, ya las Instrucciones a los “marshals” contenían la advertencia de que se debía inculcar a los ayudantes que todas las comunicaciones recibidas en el ejercicio de sus funciones, relativa a los negocios de la gente (“business of the people”)¹¹⁸, serían completamente confidenciales. La misma advertencia aparece, más desarrollada aún, en la Circular del Departamento de Estado a los “marshals” para el censo de 1850 para que no expongan ante terceros los asuntos y ocupaciones de ninguna persona, ni se beneficien económicamente de la

¹¹⁵ WRIGHT, *The History and Growth of the United States Census*, op. cit., p. 39 y 42; *The Story of the Census. 1790-1915*, op. cit., p. 12.

¹¹⁶ KILLIAN, J.H.; COSTELLO, G.A.; THOMAS, K.R. *The Constitution of the United States of America* (Washington, U.S. Government Printing Office, 2004), p. 121, que citan un par de sentencias: *Wisconsin v. City of New York*, 517 U.S. 1 (1996) y *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788 (1992).

¹¹⁷ La frase “[a copy] to be set up in two of the most public places in their respective districts, there to remain for the inspection of all concerned” aparece con muy pocas variantes en prácticamente todas las leyes de los censos desde el comienzo. Para las leyes de los censos de 1820, 1830 y 1840, vid. WRIGHT, *The History and Growth of the United States Census*, op. cit., p. 136, 141 y 146, respectivamente.

¹¹⁸ Reproducidas en WRIGHT, *The History and Growth of the United States Census*, op. cit., p. 145: “it is, moreover, inculcated upon the assistant that he consider all communications made to him in the performance of this duty, relative to the business of the people as strictly confidential”.

información obtenida¹¹⁹. Además, a partir de 1850 se terminó con la exposición pública de los datos censales, pero los ayudantes de los “marshals” debían dejar los originales de los formularios en el juzgado del condado, enviando una copia al Secretario del Interior federal y otra al Secretario de Estado del correspondiente Estado. Pero, según parece desprenderse de la normativa censal, hay una indiscutible evolución en las motivaciones que llevan a establecer esta confidencialidad, ya que éstas no son sólo la búsqueda de una eficacia mayor en la recogida de datos, sino algo ya muy parecido a la defensa de la intimidad. Según Anderson, el Superintendente del Censo, Francis A. Walker, por aquella época quería eliminar la obligación de dejar los originales o una copia de los formularios censales en la oficina del tribunal del condado, porque en su opinión constituía no sólo un gasto innecesario, sino también una invasión de la intimidad¹²⁰. En las Instrucciones a los ayudantes de los “marshals” para el censo de 1870, firmadas por el Secretario del Interior Cox y el Superintendente Walker, se va mucho más allá, y se dice que la acción más grave que puede cometer un ayudante es divulgar información obtenida en el ejercicio de sus funciones. Toda la información debe ser tratada de forma estrictamente confidencial, excepto en lo que afecta al anexo relativo a la evolución de la mortalidad. El Departamento del Interior investigará cualquier posible infracción del deber de confidencialidad, porque “*está determinado a proteger al ciudadano en todos sus derechos en el presente censo*”. Obviamente, si hay que proteger los derechos de los ciudadanos es porque alguno de estos derechos queda afectado por la difusión indebida de la información, lo que nos coloca ya en las mismas puertas del derecho a la intimidad¹²¹. Las siguientes leyes del Congreso para la realización de censos ya contienen la tipificación de infracciones y la imposición de sanciones para los funcionarios que vulneren el secreto.

¹¹⁹ Reproducida en WRIGHT, *The History and Growth of the United States Census*, op. cit., p. 150: “information has been received at this office that in some cases unnecessary exposure has been made by the assistant marshals with reference to the business and pursuits, and other facts relating to individuals, merely to gratify curiosity, or the facts applied to the private use or pecuniary advantage of the assistant, to the injury of others. Such a use of the returns was neither contemplated by the act itself nor justified by the intentions and designs of those who enacted the law. No individual employed under sanction of the Government to obtain these facts has a right to promulgate or expose them without authority (...). And all marshals and assistants are expected to consider the facts entrusted to them if obtained exclusively for the use of the Government, and not to be used in any way to the gratification of curiosity, the exposure of any man's business or pursuits, or for the private emolument of the marshal or assistants, who, while employed in this service, act as the agents of the Government in the most confidential capacity”.

¹²⁰ ANDERSON, M.J., *The American Census* (New Haven, Yale University Press, 1988), p. 88.

¹²¹ Reproducidas en WRIGHT, *The History and Growth of the United States Census*, op. cit., p. 156: “No graver offense can be committed by assistant marshals than to divulge information acquired in the discharge of their duty. All disclosures should be treated as strictly confidential, with the exception hereafter to be noted in the case of the mortality schedule. Information will be solicited of any breach of confidence on the part of assistant marshals. The department is determined to protect the citizen in all his rights in the present census”.

Tenemos pues, aquí, una primera regulación del llamado “*secreto estadístico*”. La naturaleza de este secreto, como otros cuyo mantenimiento corresponde a los funcionarios estatales, como el secreto tributario, y como en general ocurre en los secretos profesionales, tiene una finalidad mixta. Por un lado, se pretende obtener la mayor información posible, para lo que se considera conveniente crear en la ciudadanía una confianza que les ayude a facilitar sus datos personales. La administración censal tiene una reputación, un prestigio, y una imagen que debe ser mantenida para que pueda ser capaz de cumplir los fines para los que se han creado. Pero por otro lado, nos parece indiscutible también que las normas sobre la confidencialidad del censo, sobre todo a medida que nos vamos acercando al fin del siglo, buscan también proteger la intimidad de las personas como algo valioso. Se trata de evitar que otras personas puedan llegar a tener conocimiento de ciertos datos que, sin ser necesariamente desfavorables, se entiende que no deben ser accesibles a nadie más. Desde luego, al menos en la parte final del siglo XIX, la regulación del censo norteamericano implica claramente el otorgamiento de una protección jurídica primitiva a la intimidad.

3.3. El principio jurídico de la autodeterminación personal en la raíz del constitucionalismo

Hay un principio del constitucionalismo liberal que nos interesa mucho, pues es uno de los principales componentes –no el único–, del espíritu que anima al derecho de protección de datos: el principio de autonomía, también llamado de autodeterminación, o si se prefiere. ¿A qué nos referimos exactamente con esto? A principio del derecho según el cual el individuo tiene el derecho de configurar su propia vida como tenga por conveniente, con el único límite del respeto a los derechos de los demás. Este principio es la traslación al mundo del derecho del principio general básico en filosofía ética, según el cual la norma moral la determina el individuo *autónomamente*, o en otras palabras, que si la norma de comportamiento, si quiere ser auténticamente ética, no puede ser establecida de forma externa, o *heterónomamente* al sujeto agente. Este principio de autonomía personal, también llamado de autodeterminación¹²²., libertad de decisión,

¹²² Así, el término alemán “*selbstbestimmung*” (autodeterminación), de importancia fundamental en el mundo de la protección de datos, lo encontramos en Kant, en su *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, poco antes de afirmar que la autonomía de la voluntad es el principio supremo de la moralidad. El pasaje donde aparece es más bien secundario, pero nos ha parecido de interés subrayar la coincidencia de términos para mostrar dónde debemos buscar los orígenes ideológicos de la moderna protección de datos. Vid. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Madrid, Alianza, 2008), p. 113, “la voluntad es pensada como una capacidad para cada uno se autodetermine a obrar conforme a la representación de ciertas leyes. Y una facultad así sólo puede encontrarse entre los seres racionales. Ahora bien, fin es lo que sirve a la voluntad como fundamento objetivo de su autodeterminación...” (subrayado nuestro). Las palabras en el original alemán son “*sich selbst zum Handeln zu bestimmen*” y “*Selbstbestimmung*” respectivamente, según la edición de las obras completas de Kant de la Academia Prusiana, [KANT, I.], *Kant’s Werke, Band IV* (Berlín, Georg Reimer, 1911), p. 427.

autolegislación, libre opción, autorregulación, independencia o soberanía moral del individuo, es específicamente moderno, y alcanza su consagración en la obra de los teóricos del liberalismo en el siglo XIX. Stuart Mill, el más famoso de ellos lo expresó en un par de fórmulas breves insuperables: “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”, y “la única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo”¹²³. Este principio está trasladado al ámbito jurídico normalmente bajo la formulación de “derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

El constitucionalismo inicial, con otra formulación verbal para expresar el mismo concepto, hablaba del derecho de los hombres a la “persecución de la felicidad”, y de una genérica “libertad”, desconocida hasta entonces. Con el transcurso de los años, el principio de autonomía no ha hecho sino consolidarse y reforzarse, y hoy día, los textos constitucionales hablan con mucha frecuencia del “libre desarrollo de la personalidad” como uno de los fundamentos del orden constitucional (art. 2.1 GG, artículo 10.1 CE, art. 2 de la Constitución italiana de 1947). Prueba de la centralidad de este concepto es que, incluso donde no aparece esa expresión, la interpretación de los tribunales no tiene empacho en deducirla del texto¹²⁴. Si se mira bien, el principio de autonomía es la raíz del constitucionalismo, desde la libertad de religión, “el primero de todos los derechos fundamentales”¹²⁵, que supuso la posibilidad de autodeterminarse en aquello que tradicionalmente y hasta nuestra época secularizada se ha considerado el aspecto más esencial del hombre, hasta los más nuevos derechos que reclaman su reconocimiento como derechos fundamentales. En realidad, toda la historia del constitucionalismo es un

En realidad, el sustantivo *Selbstbestimmung* aparece dos veces en la obra de KANT, la primera en la *Fundamentación*, como ha sido citado, y otra en la primera parte de la *Antropología* (*Der Anthropologie, erster Theil. Anthropologische Didaktik*), como parte de una definición del “deseo” (“*Begierde*”), en un contexto de investigación de ámbito filosófico sobre psicología; *vid.* ROSER, A.; MOHRS, T. (Hrsg), *KANT-KONKORDANZ zu den Werken Immanuel Kants (Bände I-IX der Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften), Band VI* (Hildesheim; Zürich; New York, Olms-Weidman, 1993), p. 444. Sin embargo, su sinónimo “*Autonomie*” se encuentra 56 veces en 7 obras diferentes, en la inmensa mayoría de los casos referido a este concepto de autonomía moral, de las que 26 en la propia *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, y la mayoría de las otras en la *Crítica de la Razón Práctica* y la *Crítica del Juicio*; *vid.* ROSER, A.; MOHRS, T. (Hrsg), *KANT-KONKORDANZ zu den Werken Immanuel Kants (Bände I-IX der Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften), Band I* (Hildesheim; Zürich; New York, Olms-Weidman, 1992), p. 437-438.

¹²³ MILL, S., *Sobre la libertad* (Madrid, Sarpe, 1984), p. 38 y 41. El comentario de Berlin en «Two concepts of Liberty», *op. cit.*, p. 127. Estas citas han sido traídas a colación a menudo en un contexto de protección de datos. Por ejemplo, BENNETT, *Regulating Privacy*, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁴ El TEDH ha declarado que el fundamento del art. 8 CPDH es el libre desarrollo de la personalidad. *Cfr.* ARENAS RAMIRO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, *op. cit.*, p. 56-50.

¹²⁵ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza, 1992) § 14, p. 165: “Pues con él se establece el principio fundamental de distribución, el individuo como tal es portador de su poder absoluto, y permanece con este valor en su esfera privada”.

apuntalamiento cada vez mayor de este principio. Es casi obligado referirnos aquí a Benjamin Constant, al que Isaiah Berlin llamó “*el más elocuente de todos los defensores de la libertad y la intimidad*”¹²⁶. En su imprescindible *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, conferencia que pronunció en el Ateneo de París en febrero de 1819, están todas las claves para descubrir las líneas maestras del desarrollo que acabaría llevando a la aparición de la protección de datos. Leyendo este estudio se pierde toda esperanza de ver un atisbo de lo que es la protección de datos antes de la aparición del constitucionalismo. Aunque él no habla en ningún momento de “*intimidad*” –lo que hubiera sido prematuro–, sino de libertad y de “*independencia*” (“*indépendance*” en el original francés), normalmente acompañada del adjetivo “*individual*”, está describiendo con precisión la mentalidad, compartida por cualquiera de nosotros, que lleva, en nuestra sociedad tecnológicamente avanzada, a demandar imperativamente la protección de los datos personales. Frente a los hombres de la Antigüedad, que valoraban sobre todo la libertad política, que ellos entendían como la posibilidad de participar en el gobierno político de la ciudad, “*el objetivo de los modernos es la seguridad de los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes*”, y puesto que somos hombres modernos, “*queremos disfrutar cada uno de nuestros derechos, desarrollar cada una de nuestras facultades como mejor nos parezca, sin perjudicar a otros...*”. Constant declara sin ambages que entre estas dos clases o tipos de libertad, la “*personal*” y la “*política*”, la importante sin lugar a dudas es la primera, de modo que “*la independencia individual es la primera necesidad de los modernos, por lo tanto no hay que exigir nunca su sacrificio por establecer la libertad política*”. Lo que no significa que se deba renunciar a esta última, porque es la garantía de la primera¹²⁷.

Siendo necesario dejar un espacio lo suficientemente amplio para que el individuo pueda desarrollar mínimamente sus facultades naturales para concebir y perseguir los diversos fines que cada uno considere buenos, justos o sagrados, trazando una frontera entre el área de la vida privada y la de la autoridad pública –en lo que todos los clásicos de liberalismo como Locke, Mill, Constant, Tocqueville están de acuerdo–¹²⁸, parece lógico que se quiera hurtar esa área privada de la vista y conocimiento del estado y de otros particulares. Siguiendo la distinción de Costant, es un hecho cierto la protección de datos está relacionada de forma

¹²⁶ BERLIN, I., *Four essays on Liberty* (Oxford; Nueva York, Oxford University Press, 1988), «Two concepts of Liberty», 118-172, p. 126.

¹²⁷ CONSTANT, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», *op. cit.*, p. 269, 274, 277-279.

¹²⁸ BERLIN, «Two concepts of Liberty», *op. cit.*, p. 124.

directa a los dos tipos de libertades a que él se refiere, esto es, no solo con la libertad “*individual*”, sino también con la “*política*”.

Es de sobra sabido, por ejemplo, que el derecho civil después de la codificación ha estado dominado por el llamado “*dogma de autonomía de la voluntad de las partes*”, aunque quizá menos conocido sea que no fue sino tardíamente, hacia finales del siglo XIX, cuando apareció el término, precisamente entre los autores que pretendieron criticarlo¹²⁹. Pero si nos fijamos las manifestaciones actuales de nuestro principio, más radicales, más intensas, encontramos un más que sugestivo paralelismo entre el derecho a la protección de datos y los nuevos derechos del paciente sanitario reconocidos hoy en la generalidad de las legislaciones de países desarrollados. La coincidencia en la denominación de estos derechos con instituciones del ámbito de la protección de datos –“*consentimiento informado*”, “*autodeterminación*”, “*derecho a la información*”–, ya nos obliga a concluir que nos encontramos ante realidades estrechamente emparentadas, o mejor, ante manifestaciones de lo mismo en ámbitos distintos, descartada la posibilidad de que el uso de las mismas palabras no es una mera casualidad. Pero lo trascendente es que ambos grupos de instituciones han provocado un cambio radical de paradigma en sus ámbitos respectivos, para instaurar el predominio de la voluntad absoluta del individuo.

De forma natural, el principio de autodeterminación o autonomía *general* se ha ubicado en las declaraciones de derechos de los textos constitucionales. De hecho, donde se percibe con más intensidad es en las nuevas declaraciones de derechos fundamentales o humanos que han sido aprobadas¹³⁰ o en las propuestas más

¹²⁹ VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado* (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004), p. 85 y s.

¹³⁰ Así por ejemplo, en el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, probado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, *BOE* núm. 68 de 20 de Marzo de 2007. dentro del Capítulo II, “*Derechos y Deberes*”, encontramos el art. 17 (“*Protección de la familia*”), que reconoce a “todas” las parejas no casadas el derecho a inscribir en un registro público “sus opciones de convivencia”, y la igualdad de derechos con las parejas casadas; el art. 18.1 (“*Menores*”), que declara que las personas menores de edad tienen derecho a recibir la protección y la atención integral necesarias “*para el desarrollo de su personalidad*”; el art. 19 (“*Mayores*”), que afirma el derecho a recibir la protección y atención integral para la promoción de su “*autonomía personal*” en orden a conseguir “*una vida digna e independiente*”; el art. 20 (“*Testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte*”), que reconoce “*el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse*”; el art. 22 (“*Salud*”), que reconoce el derecho a la información sobre los procesos de enfermedad y a consentir el tratamiento médico, el respeto a “*la personalidad, dignidad humana e intimidad del paciente*”, y la “*confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico*” el art. 23.2 (“*Prestaciones sociales*”) que establece el derecho a una renta básica que garantice unas “*condiciones de vida digna*”; el art. 24 (“*Personas con discapacidad o dependencia*”), según el cual las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder a las ayudas necesarias “*para su desarrollo personal y social*”; el art. 25 (“*Vivienda*”), que garantiza un derecho “*al ocio*”; el art. 35 (“*Orientación sexual*”), que establece que “*toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género*”. Y dentro del Capítulo III, “*Principios rectores de las políticas públicas*”, el “*acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e*

novedosas en este campo¹³¹. Nada esencialmente nuevo, en realidad. Las primeras declaraciones de derechos modernas, que introducen el concepto de los derechos individuales inalienables, ya se refieren a este mismo principio, aunque con otra formulación verbal. Así la Sección 1 del *Bill of Rights* de la Constitución de Virginia de 1776 comienza afirmando que todos los hombres tienen unos derechos inherentes, y en concreto el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad, y “*perseguir y obtener la felicidad y la seguridad*”¹³². Algo muy parecido, sólo unos días después, encontramos en la

independiente” (art. 37.1, 3º), “*la especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida*” (art. 37.1, 4º), “*la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad...*” (art. 37.1, 5º), “*la integración de los jóvenes en la vida social y laboral, favoreciendo su autonomía personal*” (art. 37.1, 8º).

¹³¹ La “*Declaración universal de derechos humanos emergentes*”, propuesta por el “*Institut de Drets Humans de Catalunya*”, encontramos varios novísimos derechos directamente relacionados con el principio de autonomía: el art. 1 (“*derecho a la existencia en condiciones de dignidad*”), apartado 3, que reconoce el derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal, “*que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad*”, apartado 4, (“*derecho al trabajo*”), que ampara el derecho a ejercer “*una actividad digna y garante de la calidad de vida*”, apartado 7 (“*derecho a una muerte digna*”), que asegura a toda persona “*el derecho a que se respete su voluntad de no prolongar artificialmente su vida*”; el art. 4 (“*derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva*”), apartado 2, “*derecho a la protección de los colectivos en situación de riesgo o de exclusión*”, que reconoce, en particular, que “*los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la protección y cuidados necesarios para su bienestar y pleno desarrollo*”, o que “*las personas mayores tienen el derecho a una vida digna y autónoma, así como los derechos*”; el art. 5 (“*derecho a la democracia plural*”), cuyo apartado 6 (“*derecho a la libertad de conciencia y religión*”), que reconoce los clásicos derechos a la libertad religiosa y de conciencia, pero con un matiz muy enfocado a la autodeterminación del individuo, ya que se menciona “*el derecho a cambiar de religión y a no tenerla*”, y a que toda persona “*debe ser protegida de todo proselitismo en el ámbito público*”, y el apartado 9 (“*protección de los datos personales*”), que asegura a toda persona “*el derecho a la protección y confidencialidad de los datos de carácter personal, incluidos los genéticos, que la conciernen, así como a acceder a esos datos y a su rectificación*”; art. 6 (“*derecho a la democracia paritaria*”), cuyo apartado 2 (“*derecho a la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual*”), que consiste en el “*derecho a ejercer su libertad y orientación sexual, así como a la adopción de infantes, sin discriminación*”, el apartado 3 (“*derecho a la elección de los vínculos personales*”), que incluye “*el derecho individual a la asociación sentimental con la persona elegida*”, y a la protección de “*todo tipo de vínculo personal libremente consentido*”, el apartado 4 (“*derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar*”), que reconoce protección y tutela a la familia “*cualquiera que sea la forma que adopte*”, y el apartado 5 (“*derecho a la salud reproductiva*”), que reconoce “*los derechos sexuales y reproductivos de toda persona y el derecho de hombres y mujeres a la tutela de la paternidad y la maternidad, incluida la que tiene lugar fuera del matrimonio*”, cuidándose de mencionar que toda mujer tiene derecho “*al goce de la plena sexualidad*”; y finalmente, el art. 7 (“*derecho a la democracia participativa*”), cuyo apartado 1 (“*derecho a la ciudad*”), que asegura que se puedan encontrar en la ciudad “*las condiciones para su plena realización política, económica, social, cultural y ecológica*”. Cfr. *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE)*, [en línea] ([2007]),

¹³² Texto en THORPE, F. N., *The federal and state constitutions, colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America*, Vol. VII. *Virginia-Wyoming-Index* (Washington, Government Printing Office, 1909), p. 3812-3814: “*...namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety...*” (subrayado nuestro). Esta Declaración de derechos fue elaborada por una convención de 45 miembros de la cámara colonial, que la aprobaron el 12 de junio 1776. Días después, el 29 del mismo mes y año, aprobaron la constitución o forma de gobierno, cfr. nota a) en p. 3812. FRANCIA. *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789* [Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789] [en línea]. Disponible en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/constitution/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y->

Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, que proclama orgullosamente que todos los hombres, que han sido creados iguales, han sido investidos con ciertos derechos inalienables, entre los que están “*la vida, la libertad, y la persecución de la felicidad*”¹³³. Pero es mucho más claro el art. 4 de la francesa *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, que afirma que “*La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley*”¹³⁴.

3.4. Hacia el reconocimiento jurídico de la intimidad

A) Primeras manifestaciones particulares de la protección de la intimidad

a) *El secreto de la correspondencia*

El secreto de la correspondencia es quizá la primera manifestación más o menos clara de la protección jurídica de lo que posteriormente se llamaría “*intimidad*”, si bien, a nuestro juicio debe matizarse mucho que el fundamento de las normas que protegen el secreto de las comunicaciones haya sido siempre la protección de la intimidad o de la personalidad. Esto sólo ocurre con claridad a partir de la Revolución Francesa y el constitucionalismo posterior. Ni la Antigüedad ni la Edad Media conocieron ningún atisbo de protección jurídica a la privacidad de las comunicaciones. Como mucho, el ordenamiento jurídico reconocía un derecho de propiedad sobre las cartas –los objetos físicos– que contenían el mensaje. Pero el contenido del mensaje no ha sido nunca un hecho jurídico, es decir, un sector de la realidad a la que el derecho ligue una consecuencia jurídica, ni en lo relativo a proteger su confidencialidad, ni en su caso su propiedad intelectual, hasta al menos la época de las revoluciones liberales.

Una vez más, el advenimiento de la Modernidad es el detonante de cambio radical de la situación. En primer lugar, la aparición de unos primeros servicios postales

del-ciudadano-de-1789.142936.html>. Sitio web oficial del *Conseil Constitutionnel* [Consejo Constitucional]; contiene versión española, por la que citamos.

¹³³ Texto en THORPE, N., *The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America*, VOL. I. *United States-Alabama-District of Columbia* (Washington, Government Printing Office, 1909), p. 3-7: *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men...* (subrayado nuestro).

¹³⁴ FRANCIA. *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789* [Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789], *cit.*

dignos de este nombre provoca que el volumen de comunicaciones postales se incrementa sustancialmente a partir del siglo XVI¹³⁵. En segundo lugar, la aparición del Estado moderno, y sus cada vez más imperiosas necesidades de información le llevaron interceptar sistemáticamente las comunicaciones postales, no sólo de gobiernos extranjeros, sino de particulares. Entre ambas direcciones hay que centrar la discusión sobre el secreto a las comunicaciones hasta el día de hoy, en que la cuestión dista de estar cerrada. Estos presupuestos se agudizan en el siglo XVIII. Por un lado, los gobiernos ilustrados impulsan notablemente la prestación de servicios postales. En este contexto, aparecen unas primeras normas jurídicas que tienden a garantizar el secreto de las comunicaciones postales. Seguramente la primera de estas normas desde un punto de vista cronológico es la Capitulación electoral (“*Wahlkapitulation*”) del Emperador alemán José I, de 1690, que como compromiso alcanzado con los electores para ser elegido, garantizaba el secreto de la correspondencia en todo el Imperio¹³⁶. Siguiendo en Alemania, las Ordenanzas postales prusianas de 10 de agosto de 1712 y de 26 de febrero de 1782 establecían que se consideraría perjurio y causa de inhabilitación profesional la rotura e interceptación (“*Erbrechen und Unterschlagen*”) de cartas por parte de los funcionarios encargados¹³⁷. Finalmente, el Derecho Territorial General prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) de 1794, indica que los funcionarios postales deben mantener confidencialidad sobre la correspondencia, tanto la entrante y saliente, así como sobre la identidad los sujetos en la comunicación postal, y se establece una pena de prisión para quien abriera las cartas de un tercero sin la voluntad favorable de éste y sin autorización especial, sin distinguir entre que el autor sea funcionario o no¹³⁸. En Reino Unido, la Ley del Departamento Postal de la reina Ana de 1710 tenía varias disposiciones tendentes a asegurar el secreto de la correspondencia. Se establecía que después del 1 de junio de 1711, no se podría presumirse a nadie autorizado para abrir la

¹³⁵ Por ejemplo, *vid.*, BRAUDEL, F., *The Mediterranean and the mediterranean world in the age of Philip II, Vol I* (London/New York, Colin/Fontana, 1982), p. 276-295 y 335-338, que indica que el imperio español tenía una red de comunicaciones más que notable; LUTZ, H., *Reforma y Contrarreforma* (Madrid, Alianza, 2009), p. 83-85. El interés por estas cuestiones se ha agrandado en los últimos años, de modo que hay una incipiente rama de la historiografía dedicada a estos temas y llamada “Historia de la comunicación”. Cfr. BEHRINGER «Bausteine zu einer Geschichte der Kommunikation» *Zeitschrift für historische Forschung* (1994), Bd. 21, S. 92-112.

¹³⁶ Cfr. SCHMIDT, W. «Artikel 10», en UMBACH, D.C.; CLEMENS, T. (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar, Band I. Art. 1-37 GG* (Heidelberg, C.F. Müller, 2002), 686-734, p. 687,

¹³⁷ Kapitel VIII § 4, y Abschnitt V § 3, respectivamente de cada una de las normas. Cfr. SCHMIDT «Artikel 10», *op. cit.*, p. 687-688.

¹³⁸ 2, 15, § 204: “*Die Postbedienten müssen die ankommende und abgehende Correspondenz verschwiegen halten, und mit wem jemand Briefe wechsele, keinem andern offenbaren*”; 2, 20, § 1370: “*Wer die Briefe eines anderen ohne dessen Willen und ohne besondere Befugnis eröffnet, hat schon dafür drei-bis vierzehntägige Gefängnisstrafe verwirkt*”. En la edición inicial, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Viertel Theil* (Berlin, 1794), p. 934 y 1370, respectivamente.

correspondencia que circule por los cauces del servicio oficial del correo, salvo que dispongan de una autorización expresa por escrito del gobierno. Además, se obligaba a los funcionarios del servicio postal a realizar un juramento por el que se obligaban a no retener, retrasar o abrir la correspondencia que se les entregara, fuera de ciertos supuestos legales expresamente señalados¹³⁹. En Francia, la doctrina menciona que una Ordenanza real de 23 de septiembre de 1742 castigaba con pena de muerte a todo empleado postal que sin permiso interceptara la correspondencia y se apropiara de los valores contenidos en ella y sin no existía tal apropiación, con pena de galeras. Pero ya existía una sanción penal para este tipo de conductas anteriormente. En 1741, Louis Leprince, funcionario del servicio de correos en París, fue condenado a muerte por haber interceptado dos cartas¹⁴⁰. Finalmente, en España, la Ordenanza general de correos de 8 junio de 1794, promulgada por Carlos IV, tiene una amplia regulación del secreto de las comunicaciones. Hay una estricta prohibición a los justicias de detener, examinar o registrar los correos (Título 12, Cap. 7). Se establece la pena de muerte para quienes maten o hieran, o hagan tentativa de ello, a los correos que están en ejercicio de sus funciones (Título 11, Cap. 18). Pero *“si el delito no fuese contra la persona del correo, y sí únicamente contra el sagrado del secreto, que debe guardarse inviolablemente en los pliegos y cartas de mi servicio y del Público, quebrantando violentando la balija en sí misma ó en su varilla, sortijas ó candado”*, se establecen graves penas de presidio, multa, azotes o galeras (Título 11, Cap. 19). En caso de que *“el delito se limitase á la interceptacion de carta ó pliego sin quebrantamiento de la balija, ó violencia al conductor público”*, las penas serán algo más leves (Título 11, Cap. 20). Es sumamente interesante que, en esta regulación del secreto de la correspondencia se contiene una breve explicación de la finalidad de la misma: dice la Ordenanza que *“la seguridad y confianza del Público no permite pueda abusarse del secreto que merece la correspondencia, sino en los casos mas urgentes y graves en que la misma seguridad del Público lo requiera”* (Título 24, Cap. 10) y que *“la seguridad y*

¹³⁹ REINO UNIDO. *An Act for establishing a General Post Office for all Her Majesties Dominions, and for settling a weekly Sum out of the Revenues thereof for the Service of the War and other Her Majesties Occasions* [Una Ley por la que se crea un departamento general de correos en todos los dominios de su Majestad, y se establece una cantidad semanal de los ingresos derivados del mismo para el servicio de la guerra y otras necesidades de su Majestad], conocida en su nombre corto como *The Post Office (Revenues) Act 1710*. Pueden verse detalles sobre la aplicación de esta ley en las colonias norteamericanas, donde Benjamín Franklin ocupó la posición de responsable del servicio fiscal o *“Postmaster”*, cfr. LANE, *American Privacy*, (Boston, Beacon Press, 2009), 1, «Benjamín Franklin Postmaster» y en SMITH, *Ben Franklin's Web Site*, (Providence, Privacy Journal, 2000), p. 50, que indica que el juramento se encontraba también en una regulación propia que Franklin emitió para el servicio postal en las Trece Colonias.

¹⁴⁰ CARNOT, M., *Commentaire sur le code pénal, Seconde Edition, Tome Premier* (Paris, Chez Nève, Libraire de la Cour de Cassation, 1836), p. 572; COURTIN, M., *Encyclopédie moderne, ou dictionnaire abrégé des sciences, des lettres et des arts, Tome Dix-Huitième* (Paris, 1830), p. 613.

confianza del Público no permite que se quebrante el secreto, sino en los casos que el interés del mismo Público lo exige” (Título 12, Cap. 26)¹⁴¹.

Pero por otro lado, estas normas eran compatibles con la actividad de departamentos de seguridad gubernamentales que sistemáticamente abrían y espiaban la correspondencia privada. Prácticamente todos los gobiernos absolutistas del Antiguo Régimen practicaron sistemáticamente la interceptación y lectura de la correspondencia privada, como medio de descubrimiento de complots y conspiraciones y de censura de opiniones políticas

El juicio que merecen estas primitivas instituciones protectoras del secreto de la correspondencia es dispar. Hay en ellas algo de “*secreto profesional*” de los funcionarios postales, y como tal secreto profesional, tiene como finalidad, aunque no exclusivamente, beneficiar a la institución, generar confianza en ella y hacer que funcione adecuadamente. Pero por otro lado, es innegable, a nuestro juicio, que se da también una primitiva protección de la intimidad, en mayor grado que en otros secretos profesionales, y de forma cada vez más acentuada a medida que nos vamos acercando al siglo XIX. El malestar ciudadano sobre la vigilancia de la correspondencia privada por parte del Estado, que se da en distintos momentos y lugares, refleja una auténtica demanda social de respeto a la intimidad. Y no parece que el castigo penal a la violación de la correspondencia para cualquier persona que la cometa, aunque no sea funcionario, pueda tener otro fundamento que la protección de la intimidad. Esta norma aparece a la vez en el Derecho territorial prusiano y en la Ordenanza postal española de Carlos IV, que son rigurosamente contemporáneas, ya que, por una extraña coincidencia, ambas se aprobaron en el mes de junio de 1794, con solo siete días de diferencia, cuando ya por cierto la Asamblea Nacional francesa había declarado que la correspondencia debía ser secreta. En este sentido, la Ordenanza española es muy ilustrativa de la intención que parece animar este tipo de disposiciones de protección del secreto de las comunicaciones: “*la seguridad y la confianza del público*”. La confianza es, sin duda, en la institución postal, pero bajo el rótulo de la “*seguridad*” se esconde, a nuestro juicio, lo que hoy llamamos protección de la intimidad: seguridad en que las cartas no serán abiertas y en que se pueden comunicar libremente informaciones, opiniones y afectos.

Con la llegada del constitucionalismo, el secreto de las comunicaciones pasó a ser protegido como un derecho fundamental. Pero hasta la década de 1820 no comienza a aparecer en las declaraciones de derechos de los textos

¹⁴¹ *Novísima Recopilación*, Leyes VI y XV, Tit. XIII, Libro III, *cfr. Novísima Recopilación de las leyes de España, mandada formar por el Sr. Don Carlos IV, Tomo Segundo, Libros III, IV y V*, (Madrid, 1804), p. 105 y 111.

constitucionales. Por tanto, no se encuentra en la primera hornada de Constituciones, ni en las norteamericanas subsiguientes a la Declaración de Independencia (“*las Constituciones de 1776*”), ni el *Bill of Rights* federal de 1791, ni en las francesas del periodo revolucionario, ni en la Constitución de Cádiz de 1812, que tanta influencia debía de tener en los movimientos revolucionarios liberales de comienzos del siglo XIX. Con todo, es evidente que la protección del secreto de las comunicaciones forma parte de la ideología revolucionaria y del contenido típico del “*corpus*” de normas jurídicas aprobado durante las revoluciones liberales. Muchos de los “*Cahiers de doléances*” [Cuadernos de quejas] que se elaboraron para los Estados Generales de 1789, se refirieran a la continua violación del secreto de la correspondencia. Esta queja se expresa normalmente a la vez y por las mismas razones que la protesta por el abuso de las “*lettres de cachet*”. Aunque la denuncia contra la falta del “*secret des lettres*”, como se llamaba entonces, la encontramos en los tres estamentos, es el estado eclesiástico donde aparece más¹⁴². En el lenguaje inflamado de estas demandas pre-revolucionarias, se llega a calificar como “*sagrado*” el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, al igual que el derecho a la seguridad personal o a la propiedad privada¹⁴³.

En este contexto, es lógico que la Asamblea Nacional en un Decreto de Agosto de 1790, proclamara que “*el secreto de las cartas es inviolable*”, y que bajo ningún pretexto se podría atentar contra él, ni por los individuos ni por las corporaciones¹⁴⁴. Finalmente, la protección del secreto postal cristalizó en el artículo 187 del Código Penal de 1810, que castigaba con multa y prohibición de ejercer función o empleo público al funcionario o agente del gobierno que interceptara (suprimiera) o abriera cartas confiadas al servicio postal, sin que estableciera excepción alguna por razón de interés público¹⁴⁵. Pero no se

¹⁴² MARKOFF, J. «Chapter 20: Peasants Protest: The Claims of Lord, Church and State in the Cahiers de Doléances», en SHAPIRO; MARKOFF, *Revolutionary demands* (Stanford, Stanford University Press, 1998), 377-410, p. 381-382, 440.

¹⁴³ MARKOFF, J. «Chapter 19: Images of the King at the Beginning of the Revolution», en SHAPIRO, G.; MARKOFF, *Revolutionary demands*, op. cit., 369-376, p. 373 y nota 27: en el “*Cuaderno*” del Tercer Estado de Bigorre se afirma que “*las cartas depositadas en el correo son depósitos sagrados*”.

¹⁴⁴ FRANCIA. 10=14 AOUT 1790 - *Décret qui blâme la municipalité de Saint-Aubin d'avoir décacheté des paquets adressés à differens ministres* [10=14 Agosto de 1790 - Decreto que reprende a la municipalidad de Saint-Aubin por haber abierto unos paquetes dirigidos a diversos ministros]; texto en DUVERGIER, J.B., *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, avis du Conseil-d'État, Tome Premier* (Paris, Guyot et Scribe, 1824), p. 323: “*le secret des lettres est inviolable et que, sous aucun prétexte, il ne peut y être porté atteinte ni par les individus ni par les corps*”.

¹⁴⁵ *Code Penal*, art. 187: “*Toute suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du Gouvernement ou de l'administration des postes, sera punie d'une amende de seize francs à trois cents francs. Le coupable sera de plus interdit de toute fonction ou emploi public pendant cinq ans au moins de dix ans au plus*”. Citamos por la edición de *Les Cinq Codes*, (Paris, Richomme, 1811).

contemplaba como delito la violación de la correspondencia realizada por un particular, a diferencia de los Códigos españoles, que sí lo hacían, tanto en el Código Penal de 1822 (artículo 427, que tipifica como delito la sustracción, supresión o apertura de cartas realizada ilegal y maliciosamente por un particular) como en el de 1848 (que castiga al que “*para descubrir los secretos de otros se apoderase de sus papeles o cartas y divulgare aquellos*”).

En Estados Unidos, los colonos recientemente independizados no sintieron la necesidad de establecer una garantía constitucional para el secreto de las comunicaciones, a diferencia de lo que ocurría con los registros en domicilios o negocios. Sin embargo, desde el comienzo del funcionamiento del servicio postal federal, se establecieron disposiciones de garantía del secreto postal. Al parecer por influencia de Benjamín Franklin, que había sido el “*Postmaster*” colonial durante los últimos 50 años, y fue nombrado “*Postmaster General*” del nuevo servicio postal de los Estados Unidos independientes¹⁴⁶, el Congreso aprobó en 1782 una Ordenanza estableciendo una somera regulación del nuevo sistema, en la que se estableció que el deber de los funcionarios de guardar el secreto postal¹⁴⁷. La primera de las leyes federales con contenido sustantivo de regulación de la actividad postal, aprobada el 8 de mayo de 1794, establece sanciones penales para los empleados del servicio que realicen las conductas que ya habían sido prohibidas por la Ordenanza de 1782: interceptar, abrir, retrasar, falsificar las cartas, etc.¹⁴⁸. Pero con la Ley postal siguiente, aprobada el 2 de marzo de 1799, se da un paso más, porque además de mantener los delitos de los funcionarios en los términos ya señalados, establecía sanciones penales de multa o prisión para cualquiera que tomara una carta, tarjeta o paquete del servicio postal con la intención de obstruir la correspondencia o espiar en los asuntos o secretos de terceros, o abriera, manipulara o falsificara los envíos, estableciendo una norma que ha permanecido prácticamente sin modificación hasta nuestros días¹⁴⁹. Hubo

¹⁴⁶ *Journals of the Continental Congress 1774-1789, Volume II. 1775, May 10-September 20* (Washington, Government Printing Office, 1905), p. 208-209.

¹⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. *An Ordinance for regulating the Post Office of the United States of America, October 18, 1782* [Una Ordenanza para regular la Oficina de Correos de los Estados Unidos de América, de 18 de octubre de 1782], texto en *Journals of the Continental Congress 1774-1789, Volume XXIII. 1782, August 12-December 31* (Washington, Government Printing Office, 1914), 670-679, p. 671. Véase también SMITH, *Ben Franklin's Web Site*, op. cit., p. 51.

¹⁴⁸ ESTADOS UNIDOS. *An Act to establish the Post-office and Post-roads within the United States, May 8, 1794* [Una Ley para establecer la Oficina de Correos y las carreteras postales dentro de los Estados Unidos, de 8 de mayo de 1794], 1, *Stat.* 354-366, Sec. 16 y 17 en p. 360.

¹⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. *An Act to establish the Post-Office of the United States, March 2, 1799* [Una Ley para establecer la Oficina de Correos de los Estados Unidos, de 2 de marzo de 1799], 1, *Stat.* 733-741. El párrafo en cuestión, que está en la Sec. 22 es el siguiente: “*And if any person shall take any letter, or packet, not containing any article of value, or evidence thereof, out of a post-office, or shall open any letter, or packet which shall have been in a post-office, or in custody of a mail-carrier, before it shall have been delivered to the person to whom it is directed, with a design to obstruct the correspondence, to pry*

que esperar casi al final del siglo para que la jurisprudencia elevara el secreto de las comunicaciones al rango constitucional. En la sentencia de 1878 “*Ex parte Jackson*”, el SCOTUS declaró la constitucionalidad de una ley federal que penalizaba el envío a través de correo postal de material indecente, obsceno, inmoral o relativo a juegos de azar. Pero en el hilo de su argumentación, no tuvo problema en reconocer que la protección de la Cuarta Enmienda se extiende al correo postal, que sólo puede ser abierto mediante un “*warrant*”, que debe ser emitido con todas las garantías legales. De este modo, ninguna ley del Congreso puede dejar en las manos de los funcionarios postales la autoridad para invadir el secreto de las cartas y paquetes sellados del correo, y todas las regulaciones sobre esta materia deben estar subordinadas a los principios de la Cuarta Enmienda¹⁵⁰.

En pocos años, el reconocimiento del derecho al secreto de las comunicaciones llegó a los textos constitucionales. El primer caso es el de la Constitución peruana de 12 de noviembre de 1823 (por cierto aprobada cuando los españoles todavía no habían abandonado el país), cuyo artículo 193 declaraba “*inviolable*” el “*secreto de las cartas*”¹⁵¹. Luego vendría la *Carta Constitucional da Monarchia Portuguesa*, otorgada en 1826 por el rey Don Pedro I de Brasil y IV de Portugal, cuyo artículo 145, § 25 establecía que “*el secreto de las cartas es inviolable. La Administración de Correos será rigurosamente responsable por cualquier infracción de este artículo*”¹⁵², y la Constitución belga de 1831¹⁵³. En el ámbito

into another's business or secrets ; or shall secrete, embezzle, or destroy, any such mail, letter, or packet, such offender, upon conviction, shall pay for every such offence, a sum not exceeding five hundred dollars, and be imprisoned not exceeding twelve months”. Este párrafo con mínimas modificaciones ha figurado en las leyes postales prácticamente hasta nuestros días.

¹⁵⁰ *Ex parte Jackson*, 96 U.S. 727 (1878), p. 733: “*the constitutional guaranty of the right of the people to be secure in their papers against unreasonable searches and seizures extends to their papers, thus closed against inspection, wherever they may be. Whilst in the mail, they can only be opened and examined under like warrant, issued upon similar oath or affirmation, particularly describing the thing to be seized, as is required when papers are subjected to search in one's own household. No law of Congress can place in the hands of officials connected with the postal service any authority to invade the secrecy of letters and such sealed packages in the mail; and all regulations adopted as to mail matter of this kind must be in subordination to the great principle embodied in the Fourth Amendment of the Constitution*”.

¹⁵¹ PERÚ. *Constitución de 12 de noviembre de 1823*, en Biblioteca Virtual Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas* [en línea] [Portal] (Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014).

¹⁵² PORTUGAL. *Carta Constitucional da Monarchia Portuguesa de [29 de Abril de] 1826* [Carta Constitucional de la Monarquía Portuguesa de 29 de abril de 1826], en DIPPEL H. (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts* (Berlin/New York/Göttingen, De Gruyter/Hubert, 2010). p. 122-123: “*O segredo das Cartas he inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo*”.

¹⁵³ El texto original de la Constitución belga, BÉLGICA. *Constitution de la Belgique du 7 Février 1831* [Constitución de Bélgica de 7 de febrero de 1831], se refería sólo al secreto de las comunicaciones postales, en su artículo 22: “*Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agens responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste*”. Cfr. NEUT, A., *La Constitution belge* (Gand, C. Annoot-Braeckman, 1842), p. 15. Pero en la gran reforma constitucional de 1993-1994, cuyo objeto fue la oficialización del sistema federal y el reforzamiento de la descentralización del país, se introdujo también

alemán, este derecho se reconoció en el documento constitucional del Electorado de Hesse de 1831 (§ 38), en la no-nata Constitución de 1849 aprobada en la Iglesia de San Pablo de Frankfurt, conocida como “*Paulskirchenverfassung*” (§ 142)¹⁵⁴, y en la Constitución prusiana de 1850 (art. 53). En España habría que esperar a la Constitución de 1869, aunque ésta trajo un destacable avance en el nivel del derecho comparado, ya que su art. 7 protegía no sólo el secreto de la correspondencia postal, sino también la telegráfica (“*En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se dirija por el correo*”). La Constitución de 1876, de larga vigencia, continuó protegiendo dicho derecho pero únicamente respecto a la correspondencia postal, al disponer que “*no podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo*” (art. 7) y que “*todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia, será motivado*” (art. 8). La Constitución española de 1869 no es el único caso en que se extendió el concepto de secreto de la correspondencia a otros nuevos medios de comunicación. Ya en 1862, una ley del estado de California había criminalizado la interceptación de mensajes telegráficos¹⁵⁵. Otros estados aprobaron el mismo tipo de normas, de modo que hacia 1878, 20 de los 38 estados entonces existentes disponían de las mismas¹⁵⁶. El tema de la confidencialidad de los mensajes telegráficos estuvo en la arena de la discusión pública norteamericana durante la segunda mitad del siglo XIX¹⁵⁷. El mismo juez Cooley que afirmó que el derecho a ser dejado en paz era el más estimado de los derechos de los hombres civilizados, escribió en 1879 un artículo defendiendo la

una modificación de este artículo, que pasó a decir, en su párrafo primero, que “*todos tienen derecho al respecto de su vida privada y familiar, en los casos y condiciones previstos por la ley*” (“*Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi*”). Así apareció en el texto de la “*Constitution coordonnée*”, publicado en *M.B.* el 17 de febrero de 1994, p. 4054 y s., elaborado por una comisión de juristas para reflejar un buen número de revisiones constitucionales y leyes descentralizadoras aprobadas el 5 de mayo de 1993 y publicadas en el *M.B.* de 8 de mayo de 1993; BÉLGICA. 17 FÉVRIER 1994 - *La Constitution coordonnée* [17 de febrero de 1994 - La Constitución refundida]. *M.B.*, 17 de febrero de 1994, p. 4054 y s. Se aprovechó la oportunidad, en la que se renumeraron artículos y se armonizó la terminología, para recoger expresamente un derecho que ya estaba reconocido en la jurisprudencia de la “*Court de Cassation*”. Sobre el contexto político de la reforma constitucional de 1993-1994, conocida como “*Cuarta reforma del Estado*” puede verse BITSCH, M. T., *Histoire de la Belgique* (Bruxelles, Editions Complexe, 2004), p. 217-218.

¹⁵⁴ ALEMANIA. *Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849* [Constitución del Imperio Alemán de 28 de Marzo de 1849]. *RGBl.* 1849, S. 101 ff.

¹⁵⁵ DIFFIE, W.; LANDAU, S., *Privacy on the Line* (Cambridge, MA, Massachusetts Institute of Technology, 2007), p. 177.

¹⁵⁶ SEIPP, *The Right to Privacy in American History* ([Cambridge] Harvard University, July 1978), p. 65.

¹⁵⁷ SMITH, *Ben Franklin's Web Site*, *op. cit.*, p. 62-72; SEIPP, *The Right to Privacy in American History*, *op. cit.*, p. 33-66; RICHARDS, N.M.; SOLOVE, D.J. «Privacy's Other Path» *The Georgetown Law Journal* (2007), Vol. 96, 123-182, p. 144-145.

inviolabilidad de los mensajes telegráficos y que estos debían ser tratados exactamente igual que los papeles y documentos privados, ya que la privacidad de los mensajes es absolutamente esencial para la paz y el confort de la sociedad¹⁵⁸. Para Seipp, el telégrafo es uno de los grandes desarrollos industriales de la segunda mitad del siglo XIX, junto con el periodismo de masas, en torno a los que se desarrolla el derecho a la intimidad. En Europa, por ejemplo, la regulación prusiana de 1849 sobre el servicio telegráfico disponible al público ya establecía la confidencialidad de los mensajes de telégrafo, y posteriormente, con toda rotundidad el §8 de la Ley sobre la Telegrafía en el Imperio alemán, de 1892¹⁵⁹. En definitiva, aunque pueda quedar algún residuo relativo al secreto profesional y la intención de fomentar la confianza en los servicios postales o telegráficos públicos, es claro a nuestro juicio que el desarrollo del secreto de las comunicaciones a lo largo del siglo XIX estaba ya claramente orientado hacia la protección de la intimidad personal y familiar.

b) Los derechos morales de autor

El derecho de propiedad intelectual (en el sentido que esta expresión tiene en los países latinos, aunque sería más exacto hablar de los “*derechos de autor*”) o el “*copyright*”, como se dice en los países anglosajones, es un desarrollo jurídico completamente moderno. Incluso es más cercano a nuestra época que a los tiempos del Renacimiento temprano, porque hasta el siglo XVIII no puede hablarse propiamente de él. La aparición de la propiedad intelectual es, por supuesto, un fenómeno vinculado a la invención de la imprenta y al desarrollo de la industria de la impresión. La existencia en el derecho romano y la tradición jurídica derivada, de ciertos atisbos de un tratamiento jurídico diferenciado para aquellos bienes muebles en los que un elemento artístico estaba presente, no justifica el que se pueda decir que hubiera propiedad intelectual desde tiempos muy remotos¹⁶⁰. En la Antigüedad y la Edad Media se desconocieron por completo los derechos de autor por la sencilla razón de que nunca se dio el paso de considerar como objeto de protección jurídica no el bien físico, sino la creación intelectual que está incorporado a él, es decir, al aspecto ideal, intangible, de la

¹⁵⁸ COOLEY, T. M. «Inviolability of Telegraphic Correspondence» *American Law Register* (February 1879), Vol. XXVII, p. 65-78, p. 72: “the privacy of which is absolutely essential to the peace and comfort of society”.

¹⁵⁹ SCHMIDT, «Artikel 10», *op. cit.*, p. 689; ALEMANIA. Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs. Vom 6. April 1892 [Ley sobre la telegrafía en el Imperio alemán, de 6 de abril de 1892]. *RGBl.*, Nr. 21, S. 467-470.

¹⁶⁰ Como dice, por ejemplo SATANOWSKY, I., *Derecho Intelectual, I* (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954), p. 8, que llega a decir que “el derecho intelectual existe en la esfera jurídica desde la antigüedad. Es un error creer que nació con la imprenta”.

obra artística o literaria, que puede ser reproducida en otros formatos o soportes¹⁶¹. Y, como dice Bappert, la cuestión sobre si se podían proteger los derechos morales del autor a través de la “*actio iniuriarum*” es ociosa, porque aunque esta protección podría tener encaje, desde nuestra perspectiva actual, en la sistematización de esta acción romana con la que hoy trabajamos, lo cierto es que el caso concreto no se plantea nunca en las fuentes, por lo que es casi seguro que nunca se dio en la práctica jurídica¹⁶².

Pero la propiedad intelectual es también es un fenómeno vinculado de alguna forma al constitucionalismo. Es decir, que la tecnología –la invención de la imprenta en el siglo XV– no es el único factor determinante de la aparición de un nuevo conjunto de normas jurídicas, sino que también es necesaria una evolución espiritual, un cambio en la concepción social de los valores relacionados con la creación artística y literaria, para que aparezcan –a finales del siglo XVIII– los derechos de autor propiamente dichos tal y como hoy los conocemos. Este cambio coincide, no por casualidad, con la aparición del constitucionalismo, lo que coloca la cuestión en el marco cronológico que hemos fijado para esta parte estudio. Se justifica el que hagamos aquí una referencia a esta cuestión, no sólo por la coincidencia temporal, sino porque Warren y Brandeis en su estudio de 1890 *The Right to Privacy* expresamente indican que el nuevo derecho que están propugnando, la intimidad, está estrechamente relacionado con los derechos de los autores de las obras artísticas a decidir la exteriorización, publicación o difusión de las mismas. En efecto, según recuerdan, el *Common Law* garantiza a cada persona el derecho a determinar la medida en la que sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser comunicados a otros: nadie puede ser compelido a

¹⁶¹ Esos atisbos son, según SATANOWSKY algún fragmento del *Digesto*, que castigan especialmente el robo de un manuscrito; *cfr.* SATANOWSKY, *Derecho Intelectual*, I, *op. cit.*, p. 10. Pero D. 47, 2, 14, 17, que es uno de estos fragmentos, se discute cómo ejercitar una acción de hurto el supuesto de que una carta (“*epistola*”), hubiera sido interceptada. Por tanto, no hay protección de la personalidad, y el fragmento sería más bien un antecedente del derecho al secreto de las comunicaciones que de la propiedad intelectual. Pero nótese como el remedio jurídico –la “*actio furti*” – ya muestra que el objeto de protección es el bien mueble, la carta, objeto del hurto. Se puede citar también la doctrina sobre la accesión, una de las formas de adquirir la propiedad, según la cual, si bien lo escrito sobre carta, pergamino u otro objeto ajeno accede a éste (no cabe mayor exponente de la incomprensión romana del concepto de la propiedad intelectual), en cambio, en el caso de la “*pictura*”, frente a lo que afirmaban otros autores, Gayo sostenía que la tabla accedía a la pintura, solución que pasó a la compilación justiniana. Según I., 2, 1, 34, sería ridículo considerar obra accesoria la obra de un gran artista y no la mísera tabla (“*vilissima tabula*”) sobre la que está pintada. Iglesias explica que la diferencia de tratamiento entre la obra literaria y la pictórica puede encontrarse quizá en que la primera no se “*unimisma*” con la materia –pergamino, papiro–, en que se plasma gráficamente, mientras que la segunda se adhiere a la tabla, para existir en ella y con ella; *cfr.* IGLESIAS, J., *Derecho romano* (Madrid, Ariel, 1983), p. 282-283. Pero hay unánime coincidencia en que en la antigua Roma no existía el derecho a la propiedad intelectual, *cfr.* VER STEEG, R. «The roman law roots of copyright» *Maryland Law Review* (2000), Vol. 59, Issue 2, Article 7, 522-552, p. 523, nota 13.

¹⁶² BAPPERT, W., *Wege zum Urheberrecht* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1962), p. 47, cit. en MIRÓ LLINARES, F. «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado» *Revista de Sociales y Jurídicas* (2007), N.º. 2 (Ejemplar dedicado a: Las Nuevas Tecnologías), p. 114.

expresarlos, e incluso cuando ha decidido hacerlo, el afectado conserva el derecho a fijar los límites de la difusión de los mismos. Están aludiendo a distintas sentencias dictadas en el ámbito del derecho de autor por los tribunales británicos y norteamericanos, empezando por *Millar v. Taylor* (1769). Como indican Warren y Brandeis, en los derechos que protegen al autor de una obra artística, hay algo más que la simple capacidad de disposición sobre los derechos económicos aparejados a la explotación de la misma, y por ello, estos derechos no son asimilables completamente a la propiedad. Eso otro diferente de la propiedad, lo que hoy llamamos derecho moral de autor, es una manifestación del mismo principio del personalidad inviolable (“*inviolable personality*”) que se manifiesta en el derecho a la intimidad, aunque este no pueda ser exactamente lo mismo que el derecho a la protección de la obra artística, porque el sujeto tiene derecho a impedir la difusión de la parte más interior de su personalidad, aunque no se exprese en forma de composición literaria u obra con mérito artístico. Además, hay una indudable coincidencia entre la protección de datos y la propiedad intelectual: ambos son sectores del derecho surgidos como consecuencia de la implantación de una tecnología, en el primer caso los ordenadores, y en el segundo la imprenta. La comparación es particularmente pertinente, ya que tanto la informática como la imprenta son tecnologías de la misma familia o grupo, las “*tecnologías de la información*”¹⁶³. Por eso mismo, el derecho de propiedad intelectual y el derecho de protección de datos son igualmente “*derechos de las tecnologías de la información*”. Por último, hay que recordar que alguno de los primeros desarrollos del derecho a la propia imagen, tan cercano al actual concepto de la protección de datos, tuvieron su encuadramiento en el derecho de la propiedad intelectual.

Hay práctica unanimidad en que el primer paso hacia la moderna concepción de los derechos de propiedad intelectual fue el Estatuto de la Reina Ana de Gran Bretaña de 1710 (“*Statute of Anne*”)¹⁶⁴. La causa inmediata de la aprobación de esta ley fue la finalización de la vigencia de la *Licensing Act* de 1662, que acaba con la necesidad de licencia previa antes de imprimir cualquier obra. Ante la ausencia de ese control previo, la prensa quedaba sujeta a la única restricción de las leyes contra el libelo. Lo que nos interesa aquí del Estatuto es que reconocía los derechos de los autores de una forma sin precedentes. Ahora los autores son los titulares originarios de los derechos de explotación sobre las obras literarias, de

¹⁶³ Sobre esto pueden verse MIRÓ LLINARES «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado», *op. cit.*, p. 103-155.

¹⁶⁴ REINO UNIDO. *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned, 5th April 1710* [Una Ley para el fomento del conocimiento, a través del otorgamiento del derecho sobre las copias a los autores o adquirentes de dicho derecho, durante el tiempo que se indica, de 5 de abril de 1710].

modo que se les otorga un derecho de explotación exclusiva por un plazo de limitado en el tiempo¹⁶⁵.

Con ser importante este Estatuto, todavía lo son más las consideraciones sobre el mismo que se encuentran en la jurisprudencia de la época. La cuestión de si el derecho de propiedad sobre la obra literaria derivaba del *Common Law*, como sostuvo el *King's Bench* en *Millar v. Taylor* (1769) o exclusivamente de la acción legislativa del Parlamento y el Rey, como sostuvo la Cámara de los Lores en *Donaldson v. Beckett* (1774) no fue meramente académica¹⁶⁶. La primera sentencia, al reconocer que la propiedad intelectual no derivaba de la acción legislativa de ningún Parlamento, sino que había una especie de derecho natural, anterior e independiente, sobre las copias de su producción literaria, también le estaba asignando un carácter perpetuo a este derecho, a menos respecto a aquellas obras que no habían sido publicadas y que permanecían en poder de su autor¹⁶⁷.

Más o menos por las mismas fechas, en Francia se llegaba a parecidas conclusiones. Durante el periodo final del Antiguo Régimen, se dieron varios pasos hacia el reconocimiento de los derechos de los autores. El Consejo de Estado reconoció en 1761 a los herederos de La Fontaine y Fenelón los derechos sobre las obras de éstos, a perpetuidad, como fruto de su ingenio y trabajo. Un Decreto de 30 de agosto de 1777 proclamaba la libertad de creación artística, que los frutos de la misma irían a los autores, y que no estaban obligados a someterse al control de los gremios. Para evitar abusos, en 1778 se estableció que si los derechos habían sido cedidos a un editor, el derecho de éste terminaba con la muerte del autor, y otro Reglamento del Consejo de 1786 extendió la misma protección a las obras musicales.

En España aparecen unas primeras normas en tiempos de Carlos III que, según Marco Molina son “*manifestación bien evidente del espíritu del Despotismo Ilustrado con que se asocia dicho reinado*”¹⁶⁸. La Real Orden de 12 de marzo de

¹⁶⁵ Sobre el Estatuto de la Reina Ana, puede verse, en general DEAZLEY, R., *On the Origin of the Right to Copy* (Oxford, Hart Publishing, 2004), p. 31-50 y CORNISH, W. «The Statute of Anne 1709-10», en BENTLY, L.; SUTHERSANEN, U.; TORREMANS, P., *Global Copyright* (Cheltenham, UK, Northampton, Ma., Edward Elgar, 2010), p. 14-25..

¹⁶⁶ Las referencias de ambos casos son (1769) 4 Burr., 2303 y (1774) 4 Burr. 2408. HOLDSWORTH, W. «Press Control and Copyright in the 16th and 17th Centuries» *The Yale Law Journal* (Jun., 1920), Vol. 29, No. 8, 841-858, p. 858, *vid.* también. ROSE, M., *Authors and owners* ([Cambridge, Ma.], Harvard University Press, 2002), p. 78-86.

¹⁶⁷ *Cfr.* DEAZLEY, «The Myth of Copyright at Common Law», *Cambridge Law Journal* (March 2003) Vol. 62, 1, p. 133-166, con un largo y detallado análisis sobre la cuestión.

¹⁶⁸ SATANOWSKY, *Derecho Intelectual, I, op. cit.*, p. 12-13; MARCO MOLINA, J. «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor» *Anuario de Derecho Civil* (1994), Vol. 47, N° 1, 121-208, p. 125.

1763, “para fomentar y adelantar el comercio de los libros en estos Reynos, de cuya libertad resulta tanto beneficio y utilidad á las Ciencias y á las Artes” manda que en lo sucesivo no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto, y que cesen los privilegios de esa naturaleza concedidos a “comunidades”, sobre todo a las llamadas de “Mano-muerta”, es decir aquellas cuyos bienes no podían ser enajenados¹⁶⁹. Otra Real Orden de 20 de Octubre de 1764 establece que los privilegios concedidos a los autores de libros no se extingan con su muerte sino que pasen a sus herederos, siempre que no sean comunidad o mano-muerta¹⁷⁰. Y finalmente otra Real Orden de 14 de junio de 1778 establece que el autor o sus herederos tienen derecho a una prórroga de su privilegio, pero que si no la pidieren, se conceda a cualquiera que la pide en un plazo, y si no, quedará la obra a disposición del Gobierno¹⁷¹. Y en Prusia, el Derecho Territorial General de 1794 también estableció que la propiedad de la obra corresponde al autor como consecuencia de su trabajo (“*Arbeit*”), y que sólo a través de un contrato adquiere el editor facultades de explotación de las obras literarias¹⁷².

Lo importante para nosotros es que estas normas se emitieron en un contexto de profunda reflexión filosófica sobre los derechos de autor. En palabras de Marco Molina, se trató de una batalla ideológica que se vivió en el siglo XVIII en el tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen¹⁷³. En el siglo XVIII aparecen detalladas reflexiones en que se concluye que el autor merece en justicia beneficiarse del fruto de su ingenio y de su trabajo y por eso debe ser el único soberano sobre su propia obra. Entre los defensores de esta tesis hay que citar a los franceses Diderot y D’Hericourt, al alemán Putter y al inglés Blackstone, quien se apoya en la concepción de Locke acerca de que el trabajo legitima para adquirir la

¹⁶⁹ *Novísima Recopilación*, Ley XXIV, Título XVI, Libro VIII, en *Novísima Recopilación de las leyes de España, mandada formar por el Sr. Don Carlos IV, Tomo Cuarto, Libros VIII y IX* (Madrid, 1805), p. 136-137.

¹⁷⁰ *Novísima Recopilación*, Ley XXV, Título XVI, Libro VIII, en *Novísima Recopilación ..., Tomo Cuarto, Libros VIII y IX* (Madrid, 1805), p. 137.

¹⁷¹ *Novísima Recopilación*, Ley XXVI, Título XVI, Libro VIII, en *Novísima Recopilación ..., Tomo Cuarto, Libros VIII y IX* (Madrid, 1805), p. 137-138.

¹⁷² I, 11, § 995: “Das Eigenthum der von einem jeden Mitwerber gelieferten Arbeit bleibt ihrem Urheber; und der Aussetzer des Preises kann sich darüber keiner andern Verfügung anmaassen, als die er sich bey der Bekanntmachung ausdrücklich vorbehalten hat, oder die aus dem erklärten Zwecke der Aufgabe von selbst folgt.”; I, 11, § 998: “In der Regel erlangt der Buchhändler das Verlagsrecht nur durch einen mit dem Verfasser darüber geschlossenen schriftlichen Vertrag”. En la edición inicial, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Erster Theil* (Berlin, 1794), p. 399-400.

¹⁷³ MARCO MOLINA, «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor», *op. cit.*, p. 126.

propiedad¹⁷⁴. Todos ellos son autores vinculados a la Ilustración y al iusnaturalismo racionalista. Este trasfondo intelectual es el que explica, por ejemplo, que los trabajos preparatorios del Reglamento francés de 1777 se decía que el derecho no solo de los autores, sino también de los editores era una “*gracia fundada en la justicia*”. Toda esta evolución ideológica puso las bases para el desarrollo de los derechos de autor en la época del constitucionalismo.

Ya en época constitucional, en Estados Unidos la cláusula constitucional sobre la materia fue en la línea de la justificación del Estatuto de la Reina Ana, estableciéndose en la Constitución (artículo I, Sec. 8) que “*el Congreso tendrá Facultades: (...) Para fomentar el Progreso de la Ciencia y de las Artes útiles, garantizando a los Autores e Inventores el Derecho exclusivo a sus respectivos Escritos y Descubrimientos por Tiempo limitado*”¹⁷⁵. La finalidad constitucional de la acción legislativa del Congreso era fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, y no tanto reconocer a los autores un derecho de propiedad que les correspondería en justicia. Tampoco puede sorprender que la primera ley de “*copyright*” aprobada por el nuevo Congreso federal en 1790 fuera prácticamente una reproducción del Estatuto de la Reina Ana en un lenguaje algo más moderno y con unas pocas omisiones, adiciones y modificaciones¹⁷⁶. En este sentido, Bracha ha hablado de un “*trasplante*” tardío del Estatuto de la Reina Ana¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Cfr. GEIGER, C. «The influence (past and present) of the Statute of Anne in France», en BENTLY; SUTHERSANEN; TORREMANS, *Global Copyright*, op. cit., 122-135, p. 126-127 y MARCO MOLINA, J. «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor», op. cit., p. 127-131. La postura de Blackstone en BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Vol. I, op. cit., II, Chap. 26, 8, p. 405, quien afirma que el esfuerzo de las facultades racionales del hombre produce un resultado sobre el cual el autor parece claramente tener un derecho a disponer de las copias de su obra como le plazca y a modificarla como desee (“*When a man by the exertion of his rational powers has produced an original work, he seems to have clearly a right to dispose of that identical work as he pleases, and any attempt to vary the disposition he has made of it appears to be an invasión of that right*”). Marco Molina en nota 30 sugiere que también la posición de Diderot pudiera estar influida por Locke.

¹⁷⁵ Traducción tomada de *Sobre Estados Unidos* [en línea] ([Washington], Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004), p. 25; en la versión original inglesa: “*To promote the Progress of Science and useful Arts by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”.

¹⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. *An Act for the encouragement of learning, by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned, May 31, 1790* [Una Ley para el fomento del conocimiento, a través del otorgamiento de las copias de mapas, gráficos y libros, a los autores y propietarios de dichas copias, durante el tiempo que se especifica, de 31 de mayo de 1790], *Stat.*, I, p. 124-126.

¹⁷⁷ BRACHA «The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities», *Berkeley Technology Law Journal* (June 2010, Vol. 25, Issue 3), p. 1461-1475. Este concepto de “*trasplante*”, al igual que la traducción, consiste en un proceso intelectual que produce la creación de algo nuevo, más que una reproducción mecánica de algo ya existente. En ocasiones habla de “*importación*” del derecho inglés. Dada la parquedad de explicaciones y la indefinición acerca de si el mismo concepto se puede ser empleado en otros supuestos, no nos atrevemos a sugerir que el concepto sea equivalente al de “*recepción*” de la doctrina del derecho continental.

Respecto a Francia, dos decretos del periodo revolucionario atribuyen la “*propiedad*” de las creaciones artísticas a sus autores. El primero de ellos, dictado por la Asamblea Nacional en 1791¹⁷⁸, contiene una referencia a la cuestión de la propiedad literaria dentro de una disposición dirigida a acabar con los privilegios de actividad teatral y a garantizar, por tanto, que cualquier ciudadano podría abrir un teatro público. En este contexto, el artículo 3 establece que las obras de los autores vivos no podrán ser representadas sin el consentimiento formal y por escrito de los autores, bajo pena de confiscación del producto de la representación y entrega a los perjudicados. Este derecho persistirá para los herederos y cesionarios durante los cinco años posteriores a la muerte del autor. El segundo, dictado por la Convención en 1793¹⁷⁹, es mucho más ambicioso en su alcance. Se refiere a los escritos de todo género, composiciones musicales, pinturas y dibujos. Se atribuye a los autores de estas obras el derecho exclusivo de vender o distribuir sus obras o ceder estos derechos, y a los herederos y cesionarios durante diez años posteriores al fallecimiento del autor, si bien quedan obligados a depositar a disposición de la administración dos ejemplares de su obra.

Por el contexto en que las anteriores normas se dictaron, parece claro que algo hay de revolucionario en el reconocimiento de los derechos de autor. El ejemplo español refuerza esa impresión. Un Decreto de las Cortes de Cádiz de 10 de junio de 1813 declara que los autores tienen derecho de propiedad sobre sus escritos, y “*deseando que estos no queden algún día sepultados en el olvido, en perjuicio de la ilustración y literatura nacional*” establece una serie de medidas para proteger dicha propiedad. Los derechos para imprimir la obra corresponden al autor durante toda su vida, y a sus herederos, durante 10 años. Pasado ese plazo, la obra impresa queda en el “*concepto de propiedad común*”. La lesión de estos derechos será perseguida judicialmente como usurpación de la propiedad ajena. El Decreto se cuida de precisar que solo el autor o quien tenga su permiso podrá imprimirlo, y “*no otro, ni aún con el pretexto de notas o adiciones*”¹⁸⁰. Dicho Decreto fue seguido por una Ley de 20 de julio de 1823, aprobada en la Cádiz sitiada por el ejército absolutista al mando del Duque de Angulema, más conocidos como “*los*

¹⁷⁸ FRANCIA. 13-19 JANVIER 1791 - *Décret relatif aux spectacles* [13-19 ENERO 1791 - Decreto relativo a los espectáculos]. Texto en DUVERGIER, J.B., *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État, Tome Deuxième* (Paris, Guyot et Scribe, 1834), p. 151.

¹⁷⁹ FRANCIA. 19-24 JUILLET 1793 - *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs* [19-24 de JULIO de 1793 - Decreto relativo a los derechos de propiedad de los autores de escritos de todo género, compositores de música, pintores y dibujantes]. Texto en DUVERGIER, J.B., *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État, Tome Sixième* (Paris, Guyot et Scribe, 1825), p. 35-37.

¹⁸⁰ *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde el 24 de febrero de 1813 hasta el 14 de septiembre del mismo año en que terminaron sus sesiones, Tomo IV* (Cádiz, Imprenta Nacional, 1813), Decreto CCLXV, de 10 de junio de 1813, «Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras», p. 98-99.

Cien Mil Hijos de San Luis”¹⁸¹. La norma establecía que los autores, traductores, comentadores, anotadores, geógrafos, músicos, pendolistas y dibujantes, son propietarios de las producciones de su ingenio, por lo que salvo que la obra estuviere “*abandonada*”, nadie tiene derecho a darla a la imprenta, o anotarla, compendiarla, aumentarla o corregirla. La vulneración de estos derechos también se castigaba por vía penal. Pero significativamente esta ley quedó derogada cuando Fernando VII comenzó la fase final de su reinado (la llamada “*Década Ominosa*”), al igual que los decretos de las Cortes de Cádiz fueron derogados cuando el monarca asumió el gobierno en 1814.

Como se puede entrever en las normas que hemos transcrito, en el propio concepto de propiedad originaria de las obras literarias y artísticas en favor de los autores hay un embrión de reconocimiento de derechos morales, ya que nadie que no sea el autor o alguien a quien éste haya cedido el derecho, puede publicar la obra. De este modo, queda reconocido indirectamente un derecho a mantener las obras inéditas, lo que sin duda es una decisión que cae dentro del ámbito de la personalidad. Pero el concepto de derechos morales, propiamente hablando, se desarrolla a lo largo del siglo XIX. La culminación de este proceso es la inclusión en 1928 de un artículo, el 6 bis, en el Convenio de Berna, que obligaba a los Estados miembros a respetar los que llamaba “*derechos morales*”, y que eran en concreto la reivindicación de la paternidad de la obra y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado que cause perjuicio a su honor o reputación¹⁸². A partir de entonces, queda consagrada la diferencia entre los sistemas anglosajón y latino de propiedad intelectual, abriéndose una brecha que sólo empezó a cerrarse cuando los Estados Unidos se adhirieron al Convenio de Berna en 1988 y aprobaron poco después la “*Copyright Act*” de 1992.

Según ha demostrado Rigamonti, los derechos morales comienzan a aparecer diseminadamente en leyes y resoluciones judiciales por toda Europa a lo largo del siglo XIX, en el que la cuestión de la “*propiedad literaria*” es uno de los debates públicos más recurrentes, para pasar a su sistematización en una sola categoría por el francés Morillot a partir de 1872. Los siguientes pasos de esta historia son la

¹⁸¹ Ley estableciendo que los autores, traductores, comentadores ó anotadores de cualquier escrito, y los geógrafos, músicos, pendolistas y dibujantes, son propietarios de las producciones de su ingenio, y pueden disponer de ellas del mismo modo que de los demás bienes; igual derecho tienen los que dan á luz por primera vez algún código manuscrito, mapa, dibujo, muestra de letras ó composición música que exista en alguna biblioteca pública, ó posean ellos sin ser producción suya, y más que expresa, de 20 de julio de 1823. *Gaceta Española* núm. 143, de 30 de agosto de 1823, p. 531-532. La Ley tenía el refrendo de José María Calatrava, por lo que se la conoce como “*Ley Calatrava*”.

¹⁸² Revisión de Roma de 2 de junio de 1928 al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886.

elaboración de la teoría dualista por el mismo autor a partir de 1877, su admisión por la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana desde el comienzo del siglo XX, el surgimiento y predominio de la teoría monista en Alemania como consecuencia de las peculiaridades de su codificación civil, y finalmente su inclusión en leyes nacionales, empezando por Italia, desde 1925, para terminar en el artículo 6 bis del Convenio de Berna que hemos mencionado¹⁸³, para acabar siendo considerados parte integrante de los derechos de la personalidad.

c) La vinculación entre derechos de autor, secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad en el derecho anglosajón.

En Reino Unido y Estados Unidos los tribunales civiles comenzaron a otorgar protección a quienes no querían que el contenido de las cartas que habían escrito se hiciera público o fuera conocido por terceros. Hasta la eclosión del derecho a la intimidad, todos casos están relacionados con la incipiente protección de los derechos de autor. El primero parece ser el caso británico *Pope v. Curl* (1741), en el escritor Alexander Pope consiguió que los tribunales británicos ordenaran la retirada de unas cartas suyas de un libro que estaba siendo comercializado, pero la decisión del tribunal se basó en la nueva “*propiedad*” de las obras literarias, que en aquel momento estaba siendo objeto de animada discusión en foros políticos, jurídicos y filosóficos. El Lord Canciller Hardwicke hizo una distinción entre la propiedad de la carta, como objeto físico, y el derecho sobre el contenido de la misma, que incluía la potestad de autorizar su publicación. Para este segundo haz de facultades, la resolución llega a utilizar la palabra propiedad, y afirma que como mucho, el receptor tiene sólo una propiedad compartida (“*joint property*”), con el autor de la carta. Queda clara en esta resolución que las cartas son objeto de propiedad literaria, y que esta incluye la facultad de autorizar su publicación¹⁸⁴. En *Duke of Queensbury v. Shebbeare* (1758), el mismo tribunal mantuvo una medida cautelar (“*injunction*”) que había sido otorgada a titular de los derechos sobre un manuscrito para que otra persona, que lo tenía en su poder, no lo imprimiera, publicara o difundiera. Aunque se había acreditado que el autor del manuscrito lo había entregado a un tercero, y este al demandante, para que lo leyera e hiciera una copia, no se podía presumir que se había autorizado la publicación¹⁸⁵. En la misma línea se mueve *Millar v. Taylor* (1769), ya citada, que enfoca la misma cuestión a través de la expresión pública de los propios sentimientos. Según esta sentencia, cada hombre tiene el derecho de decidir si sus ideas, pensamientos o sentimientos

¹⁸³ RIGAMONTI, C.J., «The conceptual Transformation of Moral Rights» *The American Journal of Comparative Law*, Vol 55, p. 67-122, 2007.

¹⁸⁴ *Pope v. Curl* (1741) 2 Atk. 342. Vid. URABAYEN, *Vida privada e información*, (Pamplona, Universidad de Navarra, 1977), p. 45-46.

¹⁸⁵ *Duke of Queensbury v. Shebbeare*, EngR 214 (1758)

deben ser hechos públicos, mantenidos secretos o comunicados únicamente a sus amigos o parientes. Y luego siguen la larga lista de casos que otorgan la propiedad al emisor de las cartas, aunque estas carezcan de mérito literario aparente. En *Thompson v. Stanhope* (1774) se continúa el mismo planteamiento, al otorgar la *Court of Chancery* otorgó la “*injunction*”, solicitada por el albacea testamentario de Lord Chesterfield, que impedía a la viuda del hijo de éste publicar las cartas que había recibido de su padre¹⁸⁶. En el caso *Gee v. Pritchard* (1818), mucho más citado, no se mueve de la misma línea de la propiedad literaria, pero introduce algunas variantes de interés. Aquí, la “*injunction*” fue nuevamente concedida en favor de la viuda de un *Lord*, Ann Paxton Gee, que se había carteado regularmente con el hijo de su difunto esposo, William Pritchard, que ocupaba el cargo de rector de una parroquia cercana. Las cartas contenían información sobre aspectos del matrimonio de la demandante, además de la constatación de que el demandado era hijo ilegítimo del marido difunto de la Sra. Gee. Cuando la amistad entre ambos terminó, Pritchard le devolvió las cartas, diciendo que no se consideraba autorizado para conservarlas, pero hizo secretamente una copia de las mismas. Cuando la Sra. Gee tuvo conocimiento de que pretendía publicarlas, obtuvo la “*injunction*”. Es interesante notar que Lord Eldon, hablando en la *Court of Chancery* rechaza expresamente el argumento de la demandante de que la publicación ofendería sus sentimientos, y que este era el único motivo por el que se iban a publicar. En cambio, siguiendo el planteamiento de *Pope v. Curl*, el tribunal afirma que la autora de las cartas tiene un derecho de propiedad sobre el contenido de la mismas, independiente de la propiedad sobre los soportes físicos donde están plasmados, y este es un motivo suficiente para conceder la prohibición cautelar de la posible publicación. Con todo, queda claro, que en esta “*propiedad*” sobre las cartas no se puede hacer distinciones en función de que la carta haya sido escrita por una persona eminente, un literato o simple particular, o que la carta estuviera escrita con la intención de ser publicada o enviada en un ámbito meramente familiar o privado. En Estados Unidos, las decisiones jurisprudenciales van por la misma línea. En el importante caso *Folsom v. Marsh* (1841), fallado en los tribunales federales del distrito de Massachussets, de nuevo en el marco de una disputa sobre derechos de autor, el tribunal sostuvo que sobre todas las cartas, ya sea de naturaleza oficial o privada, con calidad literaria o sin ellas, existe un derecho de propiedad que corresponde al autor, que en este caso había sido el fallecido presidente Washington. El destinatario de las cartas también tiene una propiedad sobre las cartas, en cuanto objeto físico, y podría publicarlas, pero siempre que esta acción no suponga una ruptura de la confianza entre las partes, o no lesione la propiedad del autor, como por ejemplo para defenderse de

¹⁸⁶ *Thompson v. Stanhope* (1774) 27 ER 476

acusaciones infundadas o proteger su honor¹⁸⁷. Aunque no queda muy claro cómo interactúan ambas propiedades, parece que quien escribió y remitió las cartas siempre, o casi siempre, puede pedir una medida cautelar que impida a terceros publicarlas¹⁸⁸. Sin embargo, en otros casos contemporáneos, como *Wetmore v. Scovell* (1842) y *Hoyt v. Mackencie* (1848) se negó la protección derivada de la propiedad sobre las cartas porque éstas carecían de mérito literario, y eran puramente privadas y personales¹⁸⁹. Finalmente, en *Woolsey v. Judd* (1855) los tribunales de Nueva York establecieron claramente que la publicación de una carta privada, sin consentimiento del escritor es una violación del exclusivo derecho de propiedad que radica en el escritor, aunque las cartas hayan sido enviadas o estén en la posesión de la persona a la que habían sido dirigidas. Pero en una larga argumentación, el juez Duer, ponente de la resolución del tribunal, distingue muy claramente entre la única base posible para una protección legal, que es la propiedad, de otras razones, de tipo ético y moral, contrarias a la publicación de cartas privadas y confidenciales, que aunque en su opinión son las acciones más odiosas, innobles y contrarias a las convenciones sociales que pueden darse, no pueden ser objeto de prohibición legal sólo por el daño que causan a los sentimientos de las personas o incluso a la paz social. Otras sentencias posteriores mantienen la doctrina, ya asentada, de que la propiedad de las cartas corresponde al autor, y no al receptor¹⁹⁰. Según Levitsky, una doctrina parecida a la que hemos descrito estaba en boga en los tribunales alemanes o los rusos hacia la década de 1870 o 1880¹⁹¹. Toda esta jurisprudencia muestra elocuentemente cómo aunque el respeto de la intimidad era una demanda social cada vez más imperiosa y entraba claramente en el canon del comportamiento ético y social exigible, el derecho no había encontrado todavía un camino para protegerla.

Guarda relación con este tema la “*gran cuestión*” de si el *Common Law* reconoce un derecho de “*copyright*” o si deriva exclusivamente de las leyes aprobadas por el Parlamento¹⁹², se prolongaría mucho tiempo en los tribunales, pero desde muy pronto, al menos, quedó claro que un autor tenía el derecho exclusivo a decidir si

¹⁸⁷ Como ya había declarado la *Court of Chancery* en 1813, en *Perceval v. Phipps* (1813) EngR 380.

¹⁸⁸ *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

¹⁸⁹ *Wetmore v. Scovell*, 3, Edw. Ch. 515 (1842), y *Hoyt v. Mackencie*, 3 Barb. Ch. 320 (1848), respectivamente, ambos citados por WARREN; BRANDEIS, «The right to privacy», *op. cit.*, nota 30. En el segundo, los demandados habían obtenido las cartas rompiendo un baúl donde el actor las guardaba, y aún así, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York denegó la “injunction” porque su competencia se limitaba a proteger una propiedad que los jueces estimaron inexistente.

¹⁹⁰ Por ejemplo, *Eyre v. Higbee*, 22, 198 (N.Y. 1861).

¹⁹¹ LEVITSKY, S., *Copyright, Defamation and Privacy in Soviet Civil Law* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979), p. 373-374.

¹⁹² Usando la expresión de PLUCKNETT, T.F.T., *A Concise History of the Common Law*, (Brown and Co, Boston, 1956) p. 499, nota 5.

su obra debía ser publicada, y si es así, de qué forma y por quien. Una serie de casos se refieren a la propiedad sobre las cartas. Ya hemos citado *Pope v. Curl* (1741). En *Yovatt v. Winyard* (1820), la “*injunction*” fue nuevamente concedida por la *Court of Chancery*, a solicitud de un veterinario contra un antiguo empleado suyo, que montó su propio negocio y vendía medicinas, recetas y manuales de instrucciones de uso, que aparentemente el demandado había copiado subrepticamente de los libros y archivos de su antiguo jefe. El Tribunal determinó que había habido una ruptura de confianza (“*breach of trust*”), impidiéndole usar estos conocimientos adquiridos irregularmente¹⁹³. En *Abernethy v. Hutchinson* (1825), la “*injunction*” fue concedida para impedir la publicación, contra la voluntad del autor, de unas conferencias dadas ante una audiencia¹⁹⁴. Para el tiempo de Warren y Brandeis, el principio estaba tan asentado, que pudieron citar en su «*The Right to Privacy*» un buen número de precedentes británicos y norteamericanos que otorgaban al emisor de mensajes en cualquier formato –de palabra, por signos, en pintura, escultura u obras musicales–, impedir la publicación o difusión de los mismos¹⁹⁵. El propio Rigamonti señala que alguna de las versiones del derecho moral son muy similares al concepto del “*Common Law copyright*” tal y como fue reconocido en Estados Unidos y Reino Unido a lo largo del siglo XIX¹⁹⁶.

Pero el reconocimiento de estas facultades ligadas a la personalidad del individuo es perfectamente compatible con que la filosofía subyacente en el derecho norteamericano sobre propiedad individual fuera el principio de utilidad pública, que prevalecía, en todo lo relativo a la explotación de obras publicadas, en cuanto a requisitos, plazos, etc., sobre cualquier posible derecho de propiedad natural derivada del *Common law*. La sentencia del SCOTUS en *Wheaton v. Peters* (1834), que se apoya detenidamente en la doctrina fijada por la Cámara de los Lores británica en *Donaldson v. Beckett*, afirma que únicamente el *Statute Law* emanado del Congreso protege a los autores, por lo que quien no haya cumplido los requisitos formales establecidos no puede pretender que la acción de protección de su propiedad intelectual prospere¹⁹⁷.

¹⁹³ *Yovatt v. Winyard*, (1820) 37 Eng. Rep. 425, 426 (Ch.). Un caso muy parecido a éste, en los tribunales de Massachusetts, fue *Taylor v. Blanchard*, 95 Mass. (13 Allen) 370 (1866).

¹⁹⁴ *Abernethy v. Hutchinson* (1825), EngR 653.

¹⁹⁵ WARREN; BRANDEIS, «The right to privacy», *op. cit.*, especialmente p. 198-205.

¹⁹⁶ RIGAMONTI «The conceptual Transformation of Moral Rights», *op. cit.* p. 101.

¹⁹⁷ 33 U.S. 591 (1834). ABRAMS, B. «The Historical Foundation of American Copyright Law» *Wayne Law Review* (1985), Vol 29, 3, p. 1119 y s., que afirma que esta sentencia establece “*the underlying philosophy of copyright in the United States*”. El caso se refería, precisamente, a la propiedad intelectual sobre los tomos que publicaban la jurisprudencia del propio SCOTUS, que *Wheatons* había publicado, y que *Peters* había reimpresso sin su permiso. La Sala dio la razón a este último, porque el demandante no había realizado el preceptivo registro de los ejemplares que establecía la *Copyright Act*.

La coincidencia material y cronológica con otros desarrollos que van preparando la aparición del derecho a la intimidad, y posteriormente, de la protección de datos, es total. En definitiva, el desenvolvimiento de los derechos de propiedad intelectual, que acaba convergiendo en parte con el de los propios derechos de la personalidad, es otro antecedente más que nos acerca hacia la actual protección de datos. De hecho, la casi treintena de precedentes judiciales que Warren y Brandeis aducen en defensa de su nuevo derecho a la intimidad se dictaron en el ámbito de la propiedad intelectual, y la mayor parte de ellas en la segunda mitad del siglo XIX.

B) Los pasos hacia un reconocimiento del derecho general a la intimidad.

La auténtica revolución jurídica, aunque incruenta y relativamente silenciosa, que supuso la aparición del derecho a la intimidad data de finales del siglo XIX, y es razonable tomar como fecha convencional del cambio, como veremos, la de 1890. Interesa ahora señalar cómo antes de esta fecha sólo pueden verse antecedentes, o incluso reconocimientos, pero fragmentarios o parciales de algo parecido al derecho a la intimidad, aunque casi siempre mezclados con la protección de otros bienes jurídicos. Eso sí, a medida que nos acercamos al final del siglo XIX, los precedentes se dan con mayor claridad e intensidad. A tenor de lo visto, quizá la institución jurídica más próxima al derecho a la intimidad anterior a 1890 es el secreto de las comunicaciones postales, que estaba bastante asentado tanto en los textos constitucionales, como en los códigos penales (que castigaban la interceptación de la correspondencia), como en la jurisprudencia civil (con muchos matices), que permitía a los emisores de las cartas impedir su publicación al amparo de la protección de la propiedad literaria. Pero este mismo ejemplo sirve para mostrar cómo faltaba algo que los ordenamientos jurídicos actuales reconocen sin ambages. No es sólo que la palabra “*intimidad*” (“*privacy*”, “*Privatsphäre*”, “*vie privée*”) apenas se utilizara como finalidad o “*ratio*” de la regulación que protegía el secreto de las comunicaciones: es que el derecho difícilmente otorgaba protección en las situaciones en que alguien accedía al contenido de las cartas, sin interceptarlas, o abrir sus sellos, y que se limitaba a acceder a la información y utilizarla en su provecho sin publicarla o difundirla. Ello se explica sencillamente porque lo que se protegía todavía no era la intimidad con la amplitud y alcance de hoy.

Unas pocas pinceladas muestran con rotundidad como a mediados del siglo, los ordenamientos jurídicos no reconocían todavía una protección general de la intimidad. Ya hemos relatado como los tribunales británicos y norteamericanos que otorgaban “*injunctions*” contra la publicación del contenido de cartas privadas

enviadas entre particulares, se negaron obstinadamente a fundar sus decisiones en la protección de los sentimientos o en la evitación del sufrimiento moral que provocaría dicha publicación en la esfera íntima de la personas involucradas o incluso en el mantenimiento de la paz social y de la armonía familiar. Para los jueces de los siglos XVIII y XIX, el único fundamento de esta protección era la propiedad literaria, aún cuando las cartas en cuestión carecieran de mérito estético o calidad intelectual. El respeto a la intimidad, que estos jueces no niegan que es algo importante, e incluso fundamental en las sociedades “civilizadas” de finales del XIX, no es para ellos más que un imperativo ético, o una norma esencial de convivencia social, pero no un derecho en sentido propio. Este planteamiento recuerda al algo posterior de nuestro TS –cosa nada extraña, dado el tradicional retraso del derecho español en estas cuestiones- cuando declaró finales del siglo XIX que los disgustos no son indemnizables¹⁹⁸. Y sin duda, una idea similar es la que subyace en la falta de reconocimiento de un derecho a la personalidad en el BGB, al acabar el siglo, decisión de los codificadores que tanta trascendencia tendría sobre los años posteriores.

Todavía a mediados del siglo XIX, la situación respecto a un posible derecho a la intimidad lo resume una sentencia británica, *Jones v. Tapling* (1865), en la que el Tribunal de la Cámara de los Lores desestimó las pretensiones de un demandante que se quejaba de que las ventanas de su vecino permitían la vista de sus propiedades, lo que suponía una vulneración de su intimidad, afirmando claramente que “*privacy is not a right*” y que sólo la intromisión física en la propia propiedad daba lugar a una protección jurídica¹⁹⁹. Otras resoluciones de la misma época muestran con crudeza como la concepción social general, que tenía su reflejo en el mundo del derecho, era completamente ajena a la autodeterminación del individuo tal y como la entendemos hoy²⁰⁰. Preceptos tan sorprendentemente modernos como el art. 412 del Código Penal español de 1848, que recuerda mucho al art. 197 del vigente CP, parecen completamente olvidados en la práctica de los tribunales y en la atención de la doctrina jurídica. Cuando en

¹⁹⁸ STS de 11 de marzo de 1899, citada por PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en las «Notas de Derecho español» de ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil, Tomo II, vol. 2º. Derecho de Obligaciones* (Barcelona, Bosch, 1935), p. 692.

¹⁹⁹ *Jones v. Tapling* (1865) 11 HLC 290, también reportado en 11 ER 1344.

²⁰⁰ En *State v. A.B. Rhodes* (1868), el Tribunal Supremo de Carolina del Norte absolvió a un marido que había castigado físicamente a su mujer, diciendo que el gobierno de los asuntos familiares debe quedar fuera de la intromisión estatal, excepto cuando el castigo es excesivo y cuando no ha sido motivado por ninguna causa razonable que justifique el ejercicio de un moderado poder corrector por parte del cabeza de familia. *Cfr. State v. A.B. Rhodes*, 61 N.C. 453 (1868). En *Bradwell v. Illinois* (1872) el SCOTUS no amparó a una mujer que trató de ejercer la abogacía en Illinois, y a la que fue denegado el ingreso en la corporación de los abogados por ser una mujer; varias de las opiniones concurrentes de los miembros del tribunal, insistieron en el hecho de que, al ser una mujer, el ejercicio de la abogacía destruiría su femeneidad y delicadeza; *cfr. Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130 (1872).

1848 el alemán David Augusto Roder en sus *Grundzüge Naturrechts* definió como actos contrarios al derecho natural a la vida privada el “acosar a alguien con preguntas indiscretas” o el “entrar en un aposento sin hacerse anunciar”, sólo consiguió ser objeto de la ironía de Ihering, por la ausencia total de base jurídica positiva en la que basar un planteamiento de esa naturaleza²⁰¹. Pero el mero hecho de que este tipo de cuestiones llegaran a discutirse en los tribunales de justicia o a ser objeto de debate doctrinal muestra que algo se estaba removiendo en el ambiente social y reclamaba una cierta protección jurídica a intereses que jamás habían estado en la consideración del mundo del derecho.

En la situación de finales del siglo XIX, todo pedía a gritos un derecho a la intimidad. Con “todo” nos referimos al crecimiento económico desmesurado, a las nuevas formas de relación social, a la mentalidad imperante y a los valores más socialmente reconocidos (al menos de la clase burguesa y acomodada), al desarrollo imparable de las tecnologías de la información y de los medios de comunicación, y a la evolución de otros sectores próximos del ordenamiento jurídico. El reconocimiento de este nuevo derecho solo pudo comenzar a materializarse en 1890, gracias a un artículo doctrinal, el celeberrimo *The right to privacy*, de Warren y Brandeis. Pero antes, un observador sagaz del universo jurídico podría descubrir señales, síntomas, indicios de que este derecho estaba a punto de llegar, o si se nos permite la metáfora, luchaba por salir del cascarón. Las cosas no surgen de la nada, y menos en el ámbito del derecho, así que también la intimidad ha tenido “precedentes”, que en el caso de los finales del siglo XVIII y el siglo XIX son “precedentes próximos”. A lo largo de todo el periodo que estamos analizando -el primer constitucionalismo hasta 1890-, se van viendo crecientes indicios que anuncian la inevitable aparición del reconocimiento jurídico pleno de un derecho general a la intimidad. Referiremos ahora a continuación los principales de ellos, tal y como aparecen en la doctrina.

Según Balthasar, el primer reconocimiento claro de la vida privada como bien jurídico se debe a dos autores alemanes del final del siglo XVIII, que fueron más lejos que sus contemporáneos, y adelantándose a su tiempo, consideraron que lo que debía protegerse con la acción de injurias era no el honor, como era la creencia común entonces, sino el ámbito privado de vida de la persona. Según afirma, su obra permite hablar del “descubrimiento” (“*Entdeckung*”) de la vida

²⁰¹ Según Pérez Luño, que recuerda el episodio, la ironía de Ihering era “merecida”; cfr. PÉREZ LUÑO, E. «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978» *Revista de Estudios Políticos* (mayo-junio 1979), N° 9 (nueva época), 59-71, p. 66. El pasaje de Roder es (14) D. A. RODER: *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphie* (1846), 2ª ed., Heidelberg, 1863, pág. 91 y la crítica de Ihering en VON IHERING, R. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Breitkopf & Hartel, Leipzig, 9ª ed., 1904, pág. 332. Hay muchas ediciones españolas modernas, citamos una de las más recientes: VON IHERING, R., *Jurisprudencia en broma y en serio* (Madrid, Reus, 2015).

privada como bien jurídico digno de protección hacia 1787-1788. El primer autor es Karl Friedrich Bahrdt, que según Balthasar, en un escrito de 1787 titulado «*Ueber Pressfreiheit und deren Gränzen*» [Sobre la libertad de prensa y sus límites], afirma que el carácter privado o doméstico de la información es un criterio a tener en cuenta por la prensa, que sólo debería contener noticias de interés público²⁰². Pero lo cierto es que el texto transcrito por éste contiene continuas referencias al “*buen nombre*”, que es el patrimonio más importante de la persona, y que no debe ser mancillado, al menos sin un motivo poderoso, como el interés público. El otro autor, que nos suscita alguna duda mayor, es Ernst Ferdinand Klein, quien en el número 2 de los *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten* afirma que no es legal la divulgación de hechos pertenecientes a la vida privada (“*Privatleben*”) de los hombres, que no tenga utilidad pública o interés general²⁰³. Indudablemente, hay un gran avance con el simple uso de la expresión “*vida privada*”, que en sí refleja un concepto propio del derecho del siglo XX. No es casualidad los dos autores que estamos comentando sean destacados representantes de la Ilustración alemana. Pero ambos efectúan sus reflexiones en el contexto del derecho de injurias, y refieren como ejemplos casos en que se cometía una difamación, es decir se hacía una afirmación que conllevaba un desprecio, afrenta o desmerecimiento en el concepto público. Aunque en el caso de Klein, las “*curiosas injurias*” que refieren eran la acusación, de carga negativa muy discutible, de que cierta persona tenía vinculación con el catolicismo, y especialmente, una relación “*sospechosa*” con los jesuitas. Este autor parece, pues, ser un adelantado a su tiempo, porque parece poner el reproche jurídico no en la divulgación de hechos deshonorosos, sino meramente privados. Pero como recalca Balthasar, esta postura mereció un rechazo tajante por parte de otros autores de la época²⁰⁴.

²⁰² BALTHASAR, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrech*, op. y loc. cit.. En la versión electrónica que hemos consultado, BAHRDT, F., *Ueber Pressfreiheit und deren Gränzen*, [en línea] [Bayerische StaatsBibliothek digital] (Züllichau, Frommanns, 1787), las referencias al “*guten Nahmen*” aparecen constantemente, por ejemplo en p. 21, 25, 26, 81, 110, 148, 165, 168, 171, 173, 174, etc.

²⁰³ Aunque Balthasar adjudica la autoría del artículo en cuestión a Klein, cfr. BALTHASAR, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrech*, op. cit., p. 51, lo cierto es que en la versión electrónica de los *Annalen* que hemos consultado, KLEIN, E.F. (Hrsg.), *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten, Zweunter Band (Neue Auflage)* [en línea] [Bayerische StaatsBibliothek digital] (Berlin; Stettin, Friedrich Nicolai, 1794), la frase sobre la “*Privatleben*” aparece en un artículo sin firma titulado «*Nachricht von einem merkwürdigen Injurien: Processe, nebst einigen Bermerkungen über die Nature der Injurien*» [Noticia sobre unas curiosas injurias: Procesos, junto con algunas observaciones sobre la naturaleza de las injurias], II, p. 36-49, aunque es cierto que Klein era el director o coordinador de la revista; la frase clave está en p. 46: “*Da es nicht von sonderlichem Nutzen seyn kann, Thatsachen aus dem Privatleben eines Menschen auszuheben, un öffentlichen zu jedermanns Wissenschaft zu bringen, so wird eine dergleichen Bekanntmachung nicht leicht zu entschuldigen sey; es wäre denn, dass ein überwiegender Nutzen für das Publicum daraus zu erwarten wäre*” (subrayado nuestro).

²⁰⁴ BALTHASAR, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrech*, op. y loc cit.; en concreto de Adolph Dietrich Weber, autor de un tratado sobre derecho de injurias.

Con el siglo XIX se multiplican los precedentes judiciales, legislativos y doctrinales que van en la línea hacia el reconocimiento pleno derecho a la intimidad. Comencemos con la sentencia británica *Lord Byron v. Johnston* dictada por la *High Court of Chancery* en 1816, en que estimó la solicitud de medidas cautelares (“*injunction*”) del poeta Lord Byron para prohibir a un editor publicar y vender unos poemas que le habían sido atribuidos falsamente; el único argumento de la Sala fue que el demandado había rehusado admitir que el poema correspondía a su presunto autor, lo que hacía probable que no fueran suyos²⁰⁵. Siguiendo aquí la autoridad de Prosser, este es probablemente el primer caso en que se reconoce el derecho a la intimidad bajo su variante de situar a alguien bajo una “*luz falsa ante el ojo público*” (“*false light in the public eye*”), que es un tipo de tipo de ilícito que produce responsabilidad extracontractual (*tort*) colocado por la doctrina norteamericana bajo el rótulo del “*right to privacy*”, pero que no se diferencia fácilmente de los supuestos de hecho que dan lugar a las acciones por difamación. En todo caso, de esta sentencia queda claro que si debe respetarse la exclusiva voluntad del individuo en lo relativo a la publicación o difusión de obras de su ingenio humano (en lo que coincide con la línea jurisprudencial de los tribunales británicos y norteamericanos que reconocía unos ciertos derechos de autor basados en el *Common Law*, esto es, sin apoyo en ninguna ley escrita aprobada por los parlamentos representativos), con mucho más motivo es un ilícito que afecta a lo más profundo de su personalidad atribuirle falsamente la autoría de obras debidas a otros.

Solo tres años después, se registra la intervención de un político francés doctrinario, Royer-Collard, que en el debate parlamentario de la aprobación en Francia de las leyes de represión de los delitos de imprenta de 1819, a las que ya nos hemos referido en este trabajo, manifestó que la vida privada debía ser protegida por un muro (“*voilà donc la vie privée murée*”), y que los hechos que caían dentro de este muro no debían ser objeto de difusión pública²⁰⁶. Sin embargo, esta protección a la vida privada no se reflejó en el texto de ninguna de las leyes de prensa aprobadas en 1819.

Pasando al derecho inglés, hay una práctica coincidencia de casi todos los autores en que el precedente más importante del moderno derecho a la intimidad es el conocido caso *Prince Albert v. Strange* (1849), fallado por la *High Court of*

²⁰⁵ *Lord Byron v. Johnston*, 2 Mer. 29, 35 Eng. Rep. 851 (1816).

²⁰⁶ Hay edición moderna del discurso, ROYER-COLLARD, *De la Liberté de la Presse* (Paris, Medicis, 1949); las partes relevantes en p. 24-25. Vid. URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 131-133, con explicación detallada y versión española de dichas partes. La mención a estos párrafos es frecuente de la doctrina francesa, desde el siglo XIX, cfr. LAVOINNE, Y. «Presse et vie privée au XIXe Siècle», en BAUDRY, B.; SORBETS, C.; VITALIA, A., *La vie privée à l'heure des médias* (Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2002), 39-48, p. 40.

*Chancery*²⁰⁷. La Reina Victoria y su marido el príncipe Alberto eran aficionados a los grabados al aguafuerte, y habían realizado de forma ocasional un gran cierto número de ellos que recogían escenas domésticas o retratos donde aparecían miembros o amigos de la familia real, o por ejemplo, los perros favoritos de la Reina. Los grabados, que partían de dibujos realizados por la Reina o su consorte, se hacían por puro placer, sin ninguna intención comercial y se mantuvieron siempre en la más estricta intimidad, poniendo bajo llave las placas de cobre de impresión y colocando los resultados en las estancias privadas de la familia. Sin conocimiento ni autorización de la pareja real, el editor William Strange creó y publicó un catálogo “*descriptivo*” con sesenta y tres de estos dibujos (aunque no lo puso a la venta todavía) para una futura exposición pública de los grabados. A cada comprador del catálogo se le regalaría, supuestamente “*con permiso*”, una reproducción facsímil de uno de los grabados a su elección, con el autógrafo de la Reina o de su esposo. El príncipe Alberto demandó para pedir la “*injunction*” o prohibición cautelar de la publicación del catálogo y los dibujos. En nuestros días, este caso se hubiera planteado seguramente en relación con la eficacia del derecho a la intimidad. Pero dadas las peculiaridades del derecho inglés de la época, y los precedentes que negaban la protección de los “*sentimientos*” de los demandantes, el conflicto hubo que enfocarlo hacia las cuestiones relativas al “*copyright*”. En principio, pues, el litigio guarda relación con la larga lista de conflictos judiciales sobre la propiedad intelectual derivada del *Common Law* y el derecho exclusivo de los autores a publicar las obras producto de su ingenio. Pero aquí había varios matices que hicieron el caso muy particular. En primer lugar, se pudo establecer que los dibujos habían sido regalados por los reyes a un amigo llamado Judge (contra quien se amplió la demanda después), quien se los había entregado a Strange, por lo que no había ningún ilícito por parte de éste en la obtención de los originales. Además, tampoco estaba en duda el derecho del demandante a impedir la publicación de los grabados, que el demandado tampoco negaba. La cuestión debatida es si el demandado podía publicar ese catálogo. El alegato del abogado del demandando fue directamente al fondo de la cuestión, planteando con claridad que una cosa eran las normas sociales o éticas que demandaban quizá un respeto a la intimidad (empleando aquí expresamente la palabra “*privacy*”) de la familia real y sus amigos, y otra las normas legales, que sólo permitían proteger la propiedad. Ciertamente, bajo el *Common Law* el príncipe Alberto podía impedir la publicación y realización de copias de los dibujos, pero nada impedía a Strange observar los grabados de su propiedad, mostrarlos a amigos y familiares y difundir información sobre ellos, así como expresar las ideas que le había producido la

²⁰⁷ *Prince Albert v. Strange* (1849), 41 ER 1171. Cfr. URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 53, que reproduce largas parates de la opinión del Vice-Cancellor Knight Bruce, dictada en primera instancia.

visión de las mismas. Los jueces estimaron la acción ejercida por el marido de la Reina Victoria, y paralizaron la difusión de esos dibujos. Parte relevante de la decisión fue la constatación de que la protección de la propiedad artística no tiene nada que ver con la calidad de la obra. La protección se otorga en relación con la expresión pública de los sentimientos e ideas, y en este sentido es indiferente si la obra corresponde a una persona famosa o desconocida, de alta consideración social o corriente, o tanto si la obra es interesante, ruda, brusca, de alto valor económico o carente de interés. En apelación, el Lord Canciller Cottenham expresó su opinión de que la “*injunction*” estaba respaldada por el derecho de propiedad intelectual sobre los grabados, que el catálogo vulneraba “*indudablemente*”, y también porque los dibujos habían sido obtenidos vulnerando la confianza: ya que los dibujos habían sido realizados para uso privado, y con la intención de ser mantenidos en privado, por lo que, aun cuando hubieran sido regalados, como afirmaba la parte demandada, en modo alguno podían ser objeto de divulgación o explotación económica. Desde luego, aunque aparentemente las bases de esta decisión no se diferencian de la jurisprudencia anterior, es evidente que había algo más: en su decisión dictada en apelación, Lord Cottenham dijo expresamente que la urgencia en tomar la medida cautelar se justifica en que “*siendo la intimidad el derecho vulnerado*” (“*being the privacy the right invaded*”), el retraso en su adopción sería equivalente a su denegación. El alcance de este precedente es de todas formas discutido. Muchos juristas ingleses no lo consideran un antecedente del derecho a la intimidad, ya que la existencia de este derecho ha sido siempre sumamente discutible en el derecho inglés, por lo que prefirieron encuadrarlo en el llamado “*law of confidence*”, es decir, que sólo cuando hay ruptura de confianza (“*breach of trust*”) el derecho inglés otorga una protección contra la difusión de la información personal²⁰⁸. Pero Warren y

²⁰⁸ Cfr. ROZENBERG, J., *Privacy and the Press* (Oxford, Oxford University Press, 2004). p. 2-3, donde todavía en 2004 encontramos la llamativa afirmación de que no existe en el derecho inglés un derecho a la intimidad, a diferencia de lo que ocurre en Escocia. Otros autores confirman que hay una diferencia de base entre los derechos norteamericano e inglés en esta materia: mientras que en aquel hay un auténtico derecho a la intimidad con autonomía propia, en los términos que hemos estado viendo a lo largo de este trabajo, mientras que el derecho inglés solo contemplaba una protección vinculada al incumplimiento de los deberes de confidencialidad que derivan de algún tipo de relación basada en la confianza (“*confidence*”), cfr. RICHARDS; SOLOVE, «Privacy’s Other Path» *op. cit.* La situación ha cambiado algo a fecha de hoy, pero sólo como consecuencia de la aplicación del art. 8 del CPDH, a través de la *Human Rights Act* de 1998, que ha servido para superar las limitaciones al efecto “*horizontal*” de dicho artículo en el derecho inglés. Y es que los jueces se han negado obstinadamente a crear un “*nuevo*” derecho, por corresponder dicha atribución exclusivamente al Parlamento, como se ve especialmente en *Wainwright v. Home Office*, 3 WLR 1137 (2003). Ni siquiera en el famoso caso *Campbell v. MGN, Ltd.*, 2 AC 457 (2004), en el que la *House of Lords* otorgó una indemnización a la modelo Naomi CAMPBELL por la publicación por el diario *The Mirror* de unas fotografías donde abandonaba una clínica de tratamiento de la adicción a las drogas, e informaciones que afirmaban dicha adicción, pese a que la modelo lo había negado varias veces, parece haberse creado una protección general de la intimidad, ya que los razonamientos del tribunal están alterados por una constante referencia a la ruptura de la “*law of confidence*”. Vid. PHILLIPSON, G. «Transforming Breach of Confidence?» *The Modern Law Review* (September 2003), Volume 66: Issue 5, p. 726-758.

Brandeis lo citan en su famoso artículo como destacado antecedente de su posición²⁰⁹. Como comenta Urabayen acertadamente, “*sabiendo que el abogado del Sr. Strange tenía razón al señalar la ausencia de toda ley que protegiera el derecho a la intimidad, la sentencia estira el derecho de propiedad para cubrir esa parte expuesta de la personalidad*”²¹⁰.

En la segunda mitad del siglo, los precedentes se aceleran y son cada vez más claros, dirigiéndose cada vez más directamente al corazón del problema. En Francia, una sentencia del Tribunal Civil del Sena de 1858, dio la razón a la hermana de una actriz famosa recientemente fallecida, cuando solicitó que se impidiera la publicación en los periódicos de un dibujo del rostro de la fallecida, que había sido realizado desde unas fotografías que la demandante encargó a unos fotógrafos con el expreso mandato de no reproducirlas ni entregar copia a nadie. A diferencia de los tribunales ingleses, aquí sí se tuvieron en cuenta los sentimientos de la demandante, declarando que debía respetarse el dolor de las familias, y que la reproducción del rostro de la difunta no autorizaba a herir los sentimientos más íntimos y respetables de la naturaleza y la piedad familiar. Como dice acertadamente Urabayen, más que un antecedente del derecho a la propia imagen, estamos aquí ante un reconocimiento primitivo del derecho a la intimidad, pues se indica que las figuras públicas, como la actriz difunta, tienen una vida privada distinta de su vida pública y su hogar doméstico puede y debe diferenciarse de la escena y del foro²¹¹. Esta sentencia precede al que quizá es el más claro antecedente legislativo de protección de la intimidad antes de 1890, la Ley de prensa francesa de 11 de mayo de 1868²¹², cuyo artículo 11 establecía que la publicación en un periódico de una noticia relativa a un hecho de la vida privada (“*relative à un fait de la vie privée*”) suponía una infracción castigada con una multa de 500 francos. A diferencia de otros delitos de prensa, este sólo se podría perseguir previa denuncia del interesado. La Ley donde aparecía esta norma, precedente de la de 1881, se dictó bajo Napoleón III en el Segundo Imperio, y era de corte liberal. Suprimía la censura previa y la sustituía por la eventual represión posterior de los delitos, a cargo de los tribunales. La inclusión de esta previsión

²⁰⁹ WARREN; BRANDEIS. «The right to privacy», *op. cit.*, que citan el caso en una docena de veces. Vid. PRATT, W.F., *Privacy in Britain* (Cranbury, NJ, Associated University Presses, 1979), p. 24-33, que discute por extenso la cuestión de hasta que punto Prince Albert v. Strange sirve para justificar un derecho a la intimidad como pretendían Warren y Brandeis.

²¹⁰ URABAYEN, *Vida privada e información*, *op. cit.*, p. 53.

²¹¹ Recuento de los hechos del caso y versión española de alguna de las partes de la resolución judicial en URABAYEN, *Vida privada e información*, *op. cit.*, p. 150-154.

²¹² FRANCIA. 11 MAI 1868 - Loi relative à la presse [11 MAYO 1868 - Ley relativa a la prensa]. Texto en DUVERGIER, J., *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, avis du Conseil-d'État*, Tome Soixante-Huitième (Paris, 1868), p. 125-170, que también reproduce parte de los debates parlamentarios de la aprobación de esta ley.

legal relativa a la vida privada se debió a una iniciativa de algunos parlamentarios, que se apoyaron explícitamente tanto en Benjamin Constant como en el discurso de Royer-Collard que ya hemos citado. Los defensores del precepto, después de deplorar las consecuencias negativas y la indefensión que sufren los ciudadanos en esta materia, indican que su propósito era eminentemente ético, pero no carente de sentido práctico y consistía en “*amurallar*” (“*murer*”) la vida privada contra las agresiones de la prensa. Es de sumo interés que los parlamentarios que hablaron en favor de la enmienda eran perfectamente conscientes de que el texto que proponían creaba una protección nueva. Como recuerdan correctamente, las leyes de 1819 protegían a la persona en su consideración externa, en su honor, y para ello castigaban la difamación, la injuria, el ultraje. Ahora el elemento que se castiga es la maledicencia, aunque esté disfrazada bajo la ironía o bajo el refinamiento en el uso de la palabra escrita o hablada. Por eso redactan el texto en términos tan amplios y generales, considerando punible la simple expresión de un hecho relativo a la vida privada. Pero esta norma protectora de la intimidad no fue seguida en la Ley de Prensa de 1881, por lo que, en el momento en que Warren y Brandeis publican su *The Right to Privacy*, ya no estaba vigente. Pese a ello, estos autores citan el precedente francés, así como una Circular del Ministerio de Justicia de 4 de junio del mismo año, dictada para la ejecución de la ley, que por cierto se distingue por la notable modernidad de sus planteamientos: aclara que la persona que ha llamado la atención del público por su dedicación a la industria, las artes o el teatro, no puede reclamar un silencio absoluto (“*silence absolu*”) sobre su vida privada, y contra las críticas a su persona sólo puede utilizar la vía del derecho de injurias²¹³.

Otro precedente importante es *Pollard v Photographic Company* (1888), fallado por la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*, y ya casi contiguo a *The Right to Privacy*. El caso es notable porque en él se enjuiciaba una situación similar a la que motivó la respuesta de Warren y Brandeis: la utilización de la imagen fotográfica de una persona sin su consentimiento. Y es también un importante reconocimiento de lo que ya entonces en el ámbito continental europeo comenzaba a llamarse “*derecho a la propia imagen*”, tan cercano por planteamiento y objeto al derecho a la protección de datos personales. El Tribunal otorgó nuevamente una “*injunction*” a un matrimonio que descubrió que una reproducción fotográfica del rostro de la mujer estaba incorporada como imagen en unas felicitaciones de Navidad expuestas en un establecimiento de fotografía. La mujer había acudido a ese establecimiento para hacerse unas fotografías, habiendo pagado el precio correspondiente por las pertinentes copias de las mismas. Pero en la tienda se quedaron con los negativos y posteriormente

²¹³ WARREN; BRANDEIS. «The right to privacy», *op. cit.*, p. 214-216.

obtuvieron nuevas copias que utilizaron de la forma descrita. El tribunal consideró que el hecho de acudir a un establecimiento público a hacerse unos retratos fotográficos no suponía una autorización para realizar copias de las fotos y venderlas, por lo que calificó la acción tanto como una ruptura de confianza (“*breach of confidence*”) como de los términos implícitos del contrato entre el fotógrafo y su cliente²¹⁴.

Y en Estados Unidos, preparando el camino a *The Right to Privacy*, un par de artículos, publicados en 1880 en lo que hoy llamaríamos revistas de información general, subrayan la insuficiencia del derecho de difamación para proteger el derecho a la intimidad²¹⁵. Otro editorial del *Harper's Magazine* de 1885 analiza el tema desde la perspectiva de los personajes políticos²¹⁶. Estos artículos utilizan ya la expresión textual “*right of privacy*”. Y no podemos dejar de mencionar, claro está, la obra jurídica en la que aparece la primera y más clásica definición del derecho a la intimidad, que Warren y Brandeis hacen suya: “*the right to be let alone*”, cuya mejor traducción es “*el derecho a ser dejado en paz*”²¹⁷. Nos referimos al prestigioso manual sobre derecho de daños del juez Thomas M. Cooley en su manual sobre derecho de daños²¹⁸. La frase, con todo, tiene una historia anterior a este texto académico en el que generalmente suele referirse su origen²¹⁹.

²¹⁴ *Pollard v. Photographic Company* (1888) 40 Ch. D. 345.

²¹⁵ PROFFATT, J. «The Law of Newspaper Libel» *The North American Review* (1880), Vol. 131, p. 109-127; GODKIN, E.L. «Libel and Its Legal Remedy» *The Atlantic Monthly* (December 1880), Vol. XLVI, p. 729- 738. El segundo de los autores citado, Godkin, volvería a publicar un nuevo artículo sobre el asunto ya en 1890, escasos meses antes del de Warren y Brandeis, que será reseñado en un apartado posterior.

²¹⁶ «Editor's Easy Chair», *Harper's New Monthly Magazine* (December 1885-May, 1886)), Vol LXXII, p. 474-475.

²¹⁷ Vid. por ejemplo, DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R. «El derecho fundamental a ser dejado en paz y sus manifestaciones en la Constitución» *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación* (2007), Nº. 37, p. 357-460.

²¹⁸ Aunque comúnmente se afirme que la expresión aparece en la segunda edición de la obra, COOLEY, T. M., *A Treatise on the Law of Torts* (Chicago, Callaghan, 1888), que es también por la que citan Warren y Brandeis (cfr. WARREN; BRANDEIS, «The right to privacy» *op. cit.*, p. 195 nota 4), lo cierto es que ya se puede encontrar en la primera: COOLEY, T. M., *A Treatise on the Law of Torts* (Chicago, Callaghan, 1879), en cuya página 29 se lee la siguiente frase: “*The right to one's person may be said to be a right to complete immunity: to be let alone*”. Esta frase aparece no en ningún apartado relativo a la “*privacy*”, sino dentro de lo relativo a la “*inmunidad personal*”, diciendo el autor que el deber correspondiente a este derecho es el de no infligir ninguna injuria, como por ejemplo aquellas que se producen por contacto físico (“*battery*”). Cfr. también GLANCY, D. J. «The invention of the Right to Privacy» *The Arizona Law Review* (1979), Vol. 21, Number 1, 1-39. p. 3, nota 13.

²¹⁹ Tan tempranamente como en 1834, el SCOTUS tuvo oportunidad de declarar, al analizar un caso concreto, que el demandado no pretendía nada, salvo “*ser dejado en paz*” hasta que no se pudiera demostrar que había vulnerado los derechos de alguien “*defendant asks nothing - wants nothing, but to be let alone until it can be shown that he has violated the rights of another*” (*Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 634 (1834). Después del juez Cooley, la frase fue popularizada por WARREN y BRANDEIS, quienes incluyeron en su artículo la cita de la segunda edición del *Treatise on “torts”* (1888) de aquel. Luego se

Esta coincidencia cronológica en los años finales del siglo XIX de casos, situaciones, opiniones y demandas sociales en favor de la protección jurídica de la intimidad, merece sin duda un comentario. Es común explicar la eclosión del derecho a la intimidad a finales del siglo XIX como un fruto de la industrialización acelerada de la “*Segunda Revolución Industrial*”. Según este planteamiento, la necesidad de proteger jurídicamente la intimidad surge en el momento en que se deshumaniza la difusión de información a través de medios de comunicación, y las grandes medios de comunicación, por naturaleza distantes e impersonales, sustituyen a la comunicación directa entre individuos, donde todo se suaviza por el contacto visual directo, el lenguaje no verbal y la cercanía física. Por supuesto, que en el auge de estos medios de comunicación tuvo una notable importancia el vertiginoso progreso de las tecnologías relacionadas, que permitían imprimir cientos de miles de ejemplares de periódicos que se hacían eco de noticias ocurridas muy poco tiempo antes y acompañadas de fotografías y gráficos ilustrativos. El problema se agudiza, además, cuando las sociedades occidentales pasan de entornos rurales a grandes aglomeraciones urbanas propias de la sociedad de masas, donde rige el individualismo y la falta de comunicación. Simmel pone el acento también en los aspectos sociológicos de la industrialización, cuando dice que “*a través de la variedad de experiencias abiertas al habitante de la ciudad y de la multiplicidad de subgrupos a los que puede estar ligado, este llega a adquirir características más personales, se hace un ser más aislado y más consciente de su existencia y de sus derechos como persona específica. En el marco ciudadano el honor individual reemplaza al honor de la familia o comunidad y la intimidad individual gana legitimidad. Cono puso de relieve Maine (1871), la legitimidad de los intereses de grupo precede históricamente a las reivindicaciones a favor de los intereses individuales. Por tanto, la naturaleza la intimidad ha experimentado cambios tanto para los grupos como para los individuos*”²²⁰.

Pero nos resistimos a ver esta aparición un mero corolario del cambio de condiciones sociales y de las consecuencias de las nuevas tecnologías (lo que supondría caer en una especie de “*determinismo tecnológico*”). Hay también un elemento espiritual o ideológico, que es el individualismo, desde luego, pero también la mejora en la educación, las buenas maneras, y el fomento y respeto de lo que en la época se denominaba “*la delicadeza de los sentimientos*”. Desde el siglo XIX hay cada vez una mayor sensibilidad hacia todo lo que puede suponer un detrimento, en los aspectos morales o espirituales y no meramente económicos,

encuentra de nuevo citada por el propio Brandeis cuando era juez del SCOTUS en su famoso voto particular (“*dissent*”) en *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928).

²²⁰ SIMMEL, A. «Intimidad, Esfera reservada de la», *op. cit.* p. 247.

de lo que hoy se conoce como “*calidad de vida*”²²¹. Edward Shils, por ejemplo, traza el crecimiento de la sensibilidad hacia la “*privacy*” en esos años por el crecimiento del sentido de individualidad, es decir del sentimiento de identidad de cada uno como individuo, que respalda la creencia de que las acciones de cada uno y su historia pertenecen a la persona que las ha creado, y sólo deben ser compartidas con quienes el sujeto desee²²². Desde luego, no ofrece duda el marco cronológico general bajo el que surge y se desarrolla el derecho a la intimidad. En palabras de Urabayen, que compartimos plenamente, “*el derecho a la intimidad tiene raíces profundas pero sus manifestaciones en la vida común de la ciudad no han aparecido de forma intensa hasta hace muy poco tiempo. Mejor dicho, la protección o el deseo de que exista protección a ese derecho, únicamente ha empezado a manifestarse en los últimos doscientos años. Y dentro de estos dos siglos se puede percibir una clara aceleración, como si la curva representando su marcha se disparara hacia arriba conforme se acerca al presente. Lo extraño sería que no ocurriera así. El derecho a la intimidad ha seguido la aceleración de la vida que es característica en la sociedad moderna. Y si examinamos la cuestión con detalle observaremos que la aparición del derecho a la intimidad como tal y, más tarde, la súbita aceleración que en la curva imaginada representaría el creciente número de casos, de leyes, de sentencias, de preocupación general respecto a la intimidad de la persona humana, observaremos que todo esto queda muy explicado por el cambio sufrido por la sociedad moderna*”²²³. Y las mismas razones permiten explicar el impresionante auge de la preocupación por la intimidad a partir de la década de 1960, ya que “*la súbita aceleración de nuestra imaginada curva se explica igualmente por las consecuencias de la segunda revolución industrial que ha vivido Occidente en los últimos años*”. Si es cierto que la deshumanización en las relaciones sociales y en los procesos comunicativos provoca la necesidad de respeto a la humanidad, parece lógico que con la llegada de las máquinas automáticas de tratamiento de la información, y sobre todo con la aparición de los ordenadores, esta necesidad se agudice²²⁴.

²²¹ CATALÁ I BAS, A. H. «La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad» *Revista General de Derecho* (Julio-agosto, 2000;), N.º 670-671, p. 9157-9181.

²²² SHILS, E. «Privacy in Modern Industrial Society», en BULMER, *Censuses, Surveys and Privacy*, op. cit., p. 22-36, p. 26.

²²³ URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 17-18.

²²⁴ URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 18.

4. EN LA ESTELA DE «THE RIGHT TO PRIVACY» DE WARREN Y BRANDEIS

4.1. El año 1890 como hito cronológico fundamental en la aparición de la protección de datos

Como hemos señalado, la evolución que lleva a la aparición de la protección de datos comienza en el año 1890. Toda fecha puesta como fin o comienzo de un periodo histórico es convencional, pero en este caso, la fecha es menos arbitraria que otras veces, por la coincidencia en ese año 1890 de varios acontecimientos decisivos en el proceso evolutivo que lleva a la actual protección de datos. El primero y principal es la publicación del célebre artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy* [*El derecho a la intimidad*], que tuvo lugar en diciembre de ese año²²⁵. Esta contribución doctrinal propugnaba que debía darse protección jurídica a la intimidad, partiendo de los principios del *Common Law*, lo que a su juicio era posible en un nuevo ejemplo de la inveterada capacidad de este sistema jurídico de adaptarse a nuevas condiciones económicas y sociales, bien aprobando una ley escrita (“*Statute*”) que estableciera sanciones penales para quienes invadieran la privacidad ajena en determinados supuestos. Lo trascendente es que su propuesta fue seguida de forma casi inmediata por jueces y legisladores por todos los Estados Unidos. Este artículo fue, en este sentido, revolucionario, ya que hasta entonces sólo se habían dado manifestaciones parciales, fragmentarias y condicionadas de este reconocimiento jurídico, a través de normas, sentencias judiciales, u opiniones doctrinales que parecen dirigirse a proteger la intimidad. Por eso, en estrictos términos jurídicos, el recurso al artículo de Warren y Brandeis como pórtico de una nueva época en el desarrollo de la protección de datos está plenamente justificado. De hecho hay una común creencia de que el origen más remoto de la actual legislación sobre protección de datos debe buscarse en este artículo. Es tal la cantidad de artículos y publicaciones que lo afirman, que su cita queda excusada. Pero por la misma época, aparentemente de forma paralela, esto es, sin influencia directa constatable del artículo que estamos comentando, se empiezan a detectar tímidamente las mismas, parecidas o relacionadas ideas en otros autores de otros ámbitos geográficos, que se acaban trasladando al derecho positivo de esos ordenamientos jurídicos.

Pero hay otros sucesos que hacen que la fecha de 1890 sea importante en la historia de la protección de datos. Ese año se realizó el décimo censo

²²⁵ WARREN, S.; BRANDEIS, L. «The right to privacy» *Harvard Law Review* (15 diciembre 1890), Vol. 4, No. 5, p. 193-220. El artículo se publicó originariamente en 1890, y posteriormente se introdujo en el volumen IV de la revista, que data ya en 1891, p. 103-200. Versión española en WARREN, S.; BRANDEIS, L., *El derecho a la intimidad* (Madrid, Civitas, 1995).

estadounidense, y para su confección se utilizó una de las primeras creaciones humanas capaces de procesar información automáticamente, que además fue diseñada con la expresa finalidad de manejar datos de personas: nos referimos las máquinas de tarjetas perforadas que Herman Hollerith, que son uno de los precedentes fundamentales de los actuales ordenadores. También del año 1890 son dos precedentes inmediatos del artículo de Warren y Brandeis: una resolución cautelar de los tribunales de Nueva York impidiendo publicar una fotografía de una corista tomada subrepticamente sin su consentimiento²²⁶, y un artículo periodístico de E. L. Godkin publicado en el número de julio de 1890 del *Scribner's Magazine*, titulado *The Rights of the Citizen: To his Reputation*²²⁷ que viene a sustentar las mismas ideas. Ambos, a los que nos referiremos en detalle más adelante, aparecen apenas seis meses antes de la publicación de *The Right to Privacy*, que se refiere a ellos, y son una clara muestra de que hasta qué punto el tema de la “privacy” estaba candente en el ambiente social americano, a falta sólo de una formulación técnico-jurídica precisa del mismo.

Ciertamente, cualquier fecha alrededor del fin del siglo XIX o comienzo del XX podría haber sido válida, por ser el momento de esplendor de la llamada “*Segunda Revolución Industrial*”, donde confluyeron una serie de circunstancias que hicieron posible el comienzo del camino hacia la actual protección de datos: desde un acelerado desarrollo tecnológico basado en la electricidad, hasta la culminación del individualismo propio del hombre moderno. De hecho, en el final del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX aparecen y se consolidan prácticamente todos los grandes tratamientos de datos de carácter personal esenciales que hoy se siguen realizando, tanto por el sector público como por el privado. Dicho de otra forma, antes de la Segunda Guerra Mundial, en la mayoría de los países más desarrollados ya existen los tratamientos de datos que se informatizan a partir de 1960, cuando la tecnología de los ordenadores comienza a expandirse y a tener influencia en la vida cotidiana. Desde luego, la informatización fue un salto cualitativo de gran magnitud, que modificó no sólo aspectos accesorios sino también esenciales de los propios tratamientos de datos, que a partir de entonces quedaron transformados irreversiblemente. Pero en sus líneas generales, el esquema general de la información de carácter personal que las organizaciones públicas o privadas necesitaban para el cumplimiento de sus propios fines, y que al menos en parte manejaban ya con los medios técnicos de la época estaba fijado décadas antes de la revolución informática. De hecho, hasta la popularización de Internet y las comunicaciones móviles al final del siglo XX, no aparecieron

²²⁶ *Marion Manola v. Stevens & Myers*, resolución de junio de 1890 del Tribunal Supremo de Nueva York.

²²⁷ GODKIN, E. «The Rights of the Citizen» *Scribner's Magazine* (8, July 1890), p. 58-67.

tratamientos nuevos dignos de ser reseñados respecto a los que ya se realizaban hacia 1930.

En definitiva, por las razones que hemos apuntado, está más que justificada la utilización del año 1890 como quicio de dos periodos históricos diferenciados en la historia que conduce a la protección de datos. La evolución que da comienzo ese año, inmediatamente anterior a la era de la protección de datos, es la que explica de forma inmediata o próxima el aspecto formal y el contenido material de los regímenes de protección de datos.

4.2. El primer reconocimiento jurídico general de la intimidad

A) «*The Right to Privacy*» de Warren y Brandeis

Está plenamente justificado el recurso a Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis y su celeberrimo artículo de 1890, *The right to privacy*, como comienzo de la verdadera discusión jurídica sobre la intimidad. En medios jurídicos norteamericanos, este estudio está considerado unánimemente como el verdadero punto de partida del reconocimiento del derecho a la intimidad. Un par de testimonios relevantes corroboran estas afirmaciones. En 1916, Roscoe Pound, decano de la Facultad de Derecho de Harvard y figura señera del derecho estadounidense de comienzos del siglo XX, afirmó que Warren y Brandeis fueron responsables “*nada menos*” que de haber añadido un nuevo capítulo al derecho del país²²⁸. Y unas décadas después Melville B. Nimmer, en su propio estudio doctrinal que supuso una importante contribución al desarrollo del derecho a la intimidad, afirmó que el ensayo al que nos estamos refiriendo es quizá el artículo de una revista jurídica más famoso jamás escrito, y sin duda el más influyente²²⁹. Si atendemos a un dato empírico, que es el número de citas en publicaciones científicas que ha merecido el estudio, llegamos a la misma conclusión²³⁰.

²²⁸ MASON, A. T., *Brandeis* (New York, The Viking Press, 1946), p. 70.

²²⁹ NIMMER, B. «The right of publicity» *Law and contemporary problems* (Spring 1954), Vol 19, 203-222, p. 209. En el mismo sentido, KALVEN Jr., H. «Privacy in “tort” Law: Were Warren and Brandeis Wrong?» *Law and Contemporary Problems* (1966), Vol. 31, 326-341, p. 327, “*most influential law review article of all*”.

²³⁰ Han estudiado la cuestión tres artículos sucesivos de Fred R. SHAPIRO. El primero, SHAPIRO, F. «The Most-Cited Law Review Articles» *California Law Review* (1985), Vol. 73, p. 1540 y s., se consideraba a «The right to privacy» de WARREN y BRANDEIS, como el artículo doctrinal jurídico más citado de la historia de los Estados Unidos. En un posterior estudio, SHAPIRO, F. «The Most-Cited Law Review Articles Revisited» *Chicago-Kent Law Review* (1996), Vol. 71, Issue 3, p. 751-779, se rebajaba al estudio de WARREN Y BRANDEIS a la novena posición, pero el autor advertía de que la metodología seguida llevaba necesariamente a infravalorar los artículos anteriores a 1956. Finalmente, en el último estudio, SHAPIRO, F.; PEARSE, M. «The most-cited law review articles of all time» *Michigan Law Review* (June 2012), Vol. 110, p. 1483-1520, se coloca a «The right to privacy» en un honroso segundo puesto, sólo por debajo del conocido estudio del economista y premio Nobel COASE, R. H. «The problem of social cost»

Las circunstancias en que se escribió el artículo son muy relevantes a efectos de nuestro estudio. Pero aunque en líneas generales nos son conocidas, subsisten algunas lagunas, por lo que hay una parte de la historia compuesta únicamente de razonables suposiciones. Según la correspondencia entre los dos autores unos quince años después de la publicación del artículo, parece ser que fue Warren el que propuso a Brandeis, su antiguo compañero de estudios y en el momento de los hechos socio en el despacho de abogados que compartían, escribir un artículo para denunciar la necesidad de un remedio legal de defensa contra las intrusiones de la prensa en la vida privada de las personas. Es de suponer que el peso principal en la redacción del texto lo tuvo Brandeis, uno de los más brillantes juristas americanos de todos los tiempos, y que en 1916 se incorporó como “Justice” al SCOTUS. Además, como puntualiza Glancy, es sensato pensar que Brandeis, que había sido cofundador de la *Harvard Law Review*, y a la que estaba vinculado, quiso llevar a la revista, que sólo tenía cuatro años de existencia, un artículo rompedor²³¹. Al parecer, a Warren, que pertenecía a la alta sociedad de Boston y estaba casado con la hija de un senador, le resultaba sumamente molesto que las reuniones familiares y sociales que organizaba en su caso fueran reseñadas en la sección de sociedad de la prensa sensacionalista del momento, sobre todo en *The Saturday Evening Gazette*. De la simple lectura del artículo se desprende que el detonantes de su redacción fue la percepción de la súbita amenaza producida por las entonces novísimas tecnologías de la información, o más exactamente, del uso abusivo de las mismas por parte del incipiente periodismo de masas. Después de recordar el principio supremo del *Common Law* de que todo sujeto debe tener una protección plena de su persona y sus propiedades, los autores afirman que en las circunstancias del momento es necesario dar un paso más en esta protección, precisamente en la línea marcada por el juez Cooley cuando hablaba del “derecho a ser dejado en paz”. Y ello debido al negativo impacto de algunos recientes inventos (“inventions”) y métodos empresariales (“business methods”). Según Warren y Brandeis, “los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y garantizar al individuo lo que el juez Cooley denomina el derecho «a no ser molestado». Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que

The Journal of Law & Economics (October 1960), Vol III., p. 1-44, que dio comienzo al análisis económico del derecho.

²³¹ GLANCY «The invention of the Right to Privacy», *op. cit.*, p. 5-6.

reza: «lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos»²³²

¿Cuáles son esos dispositivos mecánicos que tan profunda impresión produjeron en Warren y Brandeis? En primer lugar, el teléfono, que se había inventado cuando Warren y Brandeis estudiaban Derecho en Harvard, con el añadido de que el primer servicio telefónico para el público se puso en funcionamiento en el área de Nueva Inglaterra precisamente. Hay que citar también el telégrafo, que alcanzó un nivel de implantación social sin precedentes por la época en que escriben su contribución, así como los avances en la fotografía que llevaron a la exitosa comercialización de máquinas que tomaban fotos de forma inmediata y sin necesidad de posado previo. Pero sobre todo, la época estaba marcada por la reciente irrupción social de la llamada “*prensa amarilla*”, dominada por Pulitzer y Hearst, magnates fuertemente enfrentados en una feroz competencia personal y profesional. Esta prensa sensacionalista se dirigía a un público masivo con la intención de vender un altísimo número de ejemplares, y se caracterizaba por ofrecer titulares impactantes, destacar los aspectos inusuales, sensacionalistas o morbosos de las situaciones cotidianas, en una mezcla explosiva de “*sexo, pecado y violencia*”²³³, con tiradas masivas, utilización de gráficos, gran formato de impresión, y titulares llamativos a ocho columnas. Este tipo de periodismo surgió cuando determinados avances tecnológicos –grandes bobinas de papel, máquinas rotativas, linotipias, reproducción litográfica de gráficos y fotografías– lo hicieron posible. Como consecuencia, entre 1850 y 1890 la circulación de los periódicos se había multiplicado por diez, desde unos 100 periódicos y 800.000 lectores, a unos 900 con 9 millones²³⁴. Como dice Mensel, la fase final de la época victoriana fue percibida por los contemporáneos como un periodo de cambio sin precedentes, a un ritmo desconocido antes en la historia: la urbanización, la secularización, la industrialización y los descubrimientos científicos crearon un sentimiento de pérdida de referencia y desubicación dentro de la sociedad burguesa de la época. Según afirma, un componente esencial de esta atmósfera borrosa fue el cambio social producido por la fotografía instantánea, ya que la nueva máquina Kodak inventada por George Eastman en 1908, y que permitía realizar fotos

²³² WARREN; BRANDEIS, *El derecho a la intimidad*, op. cit., p. 26-27; en la versión original, WARREN; BRANDEIS, «The right to privacy», op. cit., p. 196. La parte final entrecomillada es una frase evangélica, que aparece en el *Evangelio de San Lucas*, 12, 3: “Porque cuanto dijisteis en la oscuridad será oído a la luz, y lo que habásteis al oído en las habitaciones privadas será proclamado desde los terrados”.

²³³ GORMLEY, K. «One hundred years of privacy» *Wisconsin Law Review* (1992), Vol. 5, 1335-1442., 1350-1351, p. 1351.

²³⁴ SOLOVE, D.; ROTENBERG, M.; SCHWARTZ, P., *Privacy, Information, and Technology* (New York, Aspen, 2006), p. 9. Según MOTT, L., *American Journalism* (New York, MacMillan, 1962), p. 441-442, en los veinte años que transcurren entre 1870 y 1890, la circulación de los periódicos diarios se incrementó en un 222%,

instantáneamente con sólo apretar un botón, produjo una multitud de fotografías “*amateur*” que se lanzaron a tratar de captar la realidad, especialmente los sentimientos y en definitiva la “*personalidad*” (palabra clave ahora) a través de la fotografía del rostro. Éste es la parte más transparente del cuerpo y la única que no puede velar, por la hipocresía y la mentira, los sentimientos reales de la persona. Es hasta cierto punto normal que esta nueva situación produjera una cierta incomodidad para las personas educadas en la tradición de que la expresión sincera de los verdaderos sentimientos no era una conducta socialmente aceptable, al menos entre las clases burguesas acomodadas²³⁵. Desde luego, y esto es decisivo a efectos de este estudio, con la fotografía instantánea ya no se podía sostener que la realización de una fotografía respondiera a una relación, contractual o de confianza. Ni en lo sucesivo ya podía argumentarse que la antijuridicidad de la difusión de una fotografía derivara de una ruptura de la confianza o del incumplimiento de un contrato, aunque fuera implícito. Era necesario, pues, buscar un distinto y novedoso apoyo legal para proteger a la persona.

Según Gormley, que citamos como ejemplo de una pléyade de autores, no puede dudarse que la irrupción de estas tecnologías, y de la agresiva prensa amarilla, está en el origen del artículo de Warren y Brandeis²³⁶. Smith llega a decir que *The Right to Privacy* es la respuesta a una nueva tecnología²³⁷. Pero algunos estudios han tratado de desmitificar esta versión digamos “*canónica*” de la historia. Para empezar, el enfado de Warren con la prensa no pudo ser provocado por la presencia de fotografías en la boda de su hija, ya que en 1890 ésta era sólo una niña de seis años²³⁸. Además, no parece haber trazas de auténtico daño moral sufrido por Warren y su familia. Según Paper, Samuel Warren sólo apareció dos veces en el *The Saturday Evening Gazette*: una porque él mismo quiso dar publicidad al hecho de que se había unido, como muchas otras personas prominentes de Nueva Inglaterra, al grupo de los *Mugwump*, idealistas de orientación progresista que

²³⁵ MENSEL, R. «Kodakers Lying in Wait» *American Quarterly* (1991), Vol. 43 No. 1, 24-45, especialmente, p. 25-32. Sobre este tema es interesante también la visión de BEZANSON, R. P. «The Right to Privacy Revisited» *California Law Review* (October 1992), Vol. 80, No. 5, 1133-1175, p. 1134 y 1138-1141, que señala que para Warren y Brandeis la civilización moderna, en la que la prensa es el símbolo más evidente, supone una cultura de masas impersonal que amenaza las instituciones sociales y los valores culturales preexistentes. Este estudio considera que, a diferencia de lo que ocurre hoy, la idea de intimidad de Warren y Brandeis no deriva del individualismo, sino que estos autores buscan proteger el derecho de la persona a forjar su propia identidad dentro de las instituciones sociales existentes, como la familia o las pequeñas comunidades rurales, que incorporan sus propios estándares sociales y morales.

²³⁶ GORMLEY, «One hundred years of privacy», *op. cit.*, p. 1350-1351.

²³⁷ SMITH, R. E., *The Law of Privacy Explained* (Providence, Privacy Journal, 1993).

²³⁸ Como por ejemplo afirma Prosser en PROSSER, W. L. «Privacy» *California Law Review* (August 1960), Vol. 48, No. 3, 383-423, p. 423. Cfr. GLANCY «The invention of the Right to Privacy», *op. cit.*, p. 6, nota 30 ó BARRON, J. H. «Warren and Brandeis, The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Review*, 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation» *Suffolk University Law Review*, Vol. 13, p. 875 y s.

abogaron a fines del XIX por la erradicación de la corrupción política y el sufragio secreto; y otra es un inocente eco de sociedad sobre que el matrimonio Warren había ofrecido un almuerzo con ocasión de la boda de un pariente. Además, el momento álgido del periodismo amarillo era un poco posterior, más o menos coincidente con la Guerra Hispano-Norteamericana de 1898²³⁹. De ser cierto todo esto, *The Right to Privacy* ya no sería una respuesta a una intromisión en la intimidad sufrida por uno de los co-autores, sino más bien, la respuesta a una *percepción* de una amenaza tecnológica, o más exactamente, al abuso de las capacidades tecnológicas por parte de empresarios dispuestos a obtener un lucro a cualquier costa. Y esto es una notable coincidencia con la aparición de la protección de datos, unos 80 años después.

Por su parte, Glancy vincula la construcción jurídica de Warren y Brandeis a todos los pequeños precedentes parciales que hemos estado viendo, estableciendo una continuidad sin grandes sobresaltos, de modo que todas estas contribuciones jurídicas forman una cierta unidad. Especialmente destacable es la vinculación con dos precedentes del mismo año 1890, aparecidos escasos meses antes de que en diciembre de ese mismo año viera la luz el trabajo de Warren y Brandeis. Ambos eran conocidos por Warren y Brandeis, hasta el punto de que son citados en su artículo²⁴⁰. El primero es un caso judicial, *Marion Manola v. Stevens & Myers* (1890), en el que el Tribunal Supremo de Nueva York concedió en junio de 1890 una “*preliminary injunction*” (una especie de medidas cautelares *inaudita parte debitoris*) para impedir el uso y difusión de una fotografía, decisión contra la que la parte demandada no se opuso²⁴¹. La demandante era Marion Manola, una actriz y cantante del género de variedades, que alegaba que, cuando estaba vestida con unas mallas para realizar una representación, fue fotografiada subrepticamente sin su consentimiento por el empresario del espectáculo en el que trabajaba²⁴². Aquí, como se ha comentado, no podía acudir a los precedentes que prohibían la publicación de una fotografía por incumplimiento de un acuerdo implícito o explícito entre fotógrafo y cliente. El segundo precedente es un artículo del periodista E. L. Godkin en el número de julio de la revista *Scribner's Magazine*, que ya había escrito otro artículo sobre el mismo tema diez años antes en *The*

²³⁹ PAPER, L. J., *Brandeis* (New Jersey, Englewood Cliffs, 1983), p. 44-45.

²⁴⁰ WARREN; BRANDEIS, «The right to privacy», *op. cit.*, notas 13 y 12, respectivamente.

²⁴¹ Warren y Brandeis citan la decisión, no por los repertorios de jurisprudencia, sino por las ediciones del *New York Times* de los días 15, 18 y 21 de junio de 1890, probablemente debido al poco tiempo transcurrido desde que se dictó la resolución judicial. Cfr. WARREN; BRANDEIS, «The right to privacy», *op. cit.*, nota 13.

²⁴² Una explicación exhaustiva de todas las circunstancias relativas a este caso en GLANCY, D. J. «Privacy and the other Miss M» *Northern Illinois University Law Review* (Summer 1990), Nr. 10, 401-440, p. 402-419.

Atlantic Monthly. Se trata de un artículo de opinión, no jurídico, pero el autor demuestra un buen conocimiento de la situación del derecho americano, concluyendo que las acciones por difamación no sirven para proteger la intimidad, un producto inequívocamente moderno, lujo de la civilización (“*a distinctly modern product, one of the luxuries of the civilization*”), que no es desconocido del todo en sociedades bárbaras y primitiva, pero que no llega a ser un bien socialmente estimado²⁴³. El diagnóstico que hace acerca de la consideración social contemporánea de la intimidad, la existencia de este sentimiento y su relatividad, es plenamente actual, y sería compartido por cualquiera de nosotros. Así, afirma que la intimidad se basa en el respeto a la personalidad del individuo (“*respect for a man’s personality as an individual*”) y la dignidad personal (“*personal dignity*”), y es signo de sociedades avanzadas, respetuosas y donde la vida es más deseable. La intimidad, o sea el derecho a decidir el grado de conocimiento sobre los propios pensamientos y sentimientos, sobre los gustos, hábitos, asuntos y actividades personales, y sobre los miembros de la propia familia, es un “*derecho natural*” (“*natural right*”), al igual que el derecho a decidir lo que uno va a comer o beber, la ropa que va a vestir o como pasar los momentos de ocio²⁴⁴. El principal enemigo de la intimidad en la vida moderna es el interés sobre otras personas y sus asuntos, es decir la curiosidad, que antes de la existencia de la prensa moderna se manifestaba a través del chismorreos y los cotilleos, pero ahora aparece en forma de noticias en los periódicos²⁴⁵. Pero según Godkin, ese “*derecho natural*” al que se refiere no es jurídico. Las normas jurídicas no pueden proteger la intimidad porque no sirven para proteger los sentimientos de las personas: eso queda en el ámbito de las convenciones sociales, la cortesía o incluso de la moral²⁴⁶.

El paso revolucionario de Warren y Brandeis es razonar que el derecho sí puede y debe proteger estos sentimientos. Hasta ahora el derecho ha protegido la propiedad y la reputación, pero ahora, en las circunstancias actuales, tiene también que proteger los pensamientos, sentimientos y emociones (“*thought, sentiments, and emotions*”), es decir, lo que llaman la personalidad inviolable (“*inviolable personality*”). Su argumentación se basa en que, al igual el “*Common Law*” se ha ido adaptando a lo largo de los siglos para otorgar plena protección al ciudadano y sus propiedades, en nuevas circunstancias, en los tiempos modernos debe evolucionar para defender a la persona contra los ataques de los medios de comunicación de masas. Las acciones protectoras de la reputación ya no son suficientes, porque no se trata ahora de proteger la reputación del individuo,

²⁴³ GODKIN, «The Rights of the Citizen», *op. cit.*, p. 65.

²⁴⁴ GODKIN, «The Rights of the Citizen», *op. y loc. cit.*

²⁴⁵ GODKIN, «The Rights of the Citizen», *op. cit.*, p. 66.

²⁴⁶ GODKIN, «The Rights of the Citizen», *op. cit.*, p. 67.

dimensión externa y social del hombre, sino un ámbito propio, reservado, de sus ideas y sentimientos más íntimos, al que llaman “*privacy*”. Los autores siguen cuatro hilos conductores, a la búsqueda de una base jurídica que les sirva para sustentar este nuevo derecho: la protección de la propiedad, el respeto a las obligaciones contraídas por contrato, las acciones contra la difamación y finalmente, el el derecho del autor de cualquier escrito u obra literaria a decidir si lo hace público o no, que guardan relación en el derecho anterior con las prohibiciones de publicidad de retratos contra la voluntad del retratado, especialmente en relación con las fotografías. Obviamente, ni el derecho de propiedad ni las instituciones del “*libel*” y “*slander*” sirven para fundamentar la protección de la intimidad, que es una cosa diferente, ya que las acciones por difamación que reconocía el *Common Law* no dan protección frente a las nuevas situaciones en que la dignidad de la persona se ve atacada. Los autores distinguen claramente el nuevo derecho que están propugnando, de las acciones por difamación (“*libel*” o “*slander*”) con las que según ellos, tiene sólo una similitud superficial. Según afirman, el principio en el que se basan estas acciones cubre una clase radicalmente diferente de efectos: se refiere sólo al daño a la reputación, a la lesión producida al individuo en sus relaciones con la comunidad, afectando negativamente la estimación de sus semejantes por él. La materia objeto de publicación debe tener una tendencia directa a perjudicar a la víctima en sus relaciones con las terceras personas, sobre todo en un sentido básicamente material, más que espiritual, porque, en su opinión, las acciones por difamación se limitan a extender la protección de la propiedad física dada por el *Common Law* a algunas de las condiciones necesarias para la prosperidad mundana, que es la reputación o estimación ajena, pero sin que el daño a los sentimientos propios sea un elemento esencial para el éxito de la acción. En cambio, la vulneración de la intimidad es una lesión a los propios sentimientos, a la estimación de sí mismo y a la dignidad de la persona. Por eso, Warren y Brandeis buscan una vía diferente para construir su derecho a la intimidad, que es, además del respecto a la confianza dada y a las obligaciones implícitas o explícitas de confidencialidad, la protección del *Common Law* a la propiedad literaria y artística, que reconoce el derecho de cada persona a determinar en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones serán comunicados a otros²⁴⁷.

Los autores repasan cuidadosamente casi todos los precedentes del *Common Law* que hemos visto en apartados anteriores de este estudio (como, entre otros, *Prince Albert v. Strange* o *Pollard v. Photographic Co.*) haciendo una lectura en la que encuentran trazas e indicios de una protección a la parte más espiritual del hombre, a los sentimientos más íntimos, a esa “*personalidad inviolable*” a la que ya nos

²⁴⁷ WARREN; BRANDEIS «The right to privacy» *op. cit.*, p. 197-198.

hemos referido. Finalmente, elevan esos elementos a categoría general, construyendo un derecho *general* a la intimidad, del que establecen sus notas fundamentales, en términos que no son familiares: no puede impedir la publicación de cuestiones de interés general, ni la difusión de información en los casos en que lo permite el derecho sobre la difamación, como por ejemplo ante un tribunal o un cuerpo legislativo; no se requiere un daño especial para que opere; no se aplica cuando el afectado consiente en la intromisión; la verdad de los hechos publicados o difundidos no puede suponer una defensa para el demandado, a diferencia de lo que ocurre con el “*libel*” y el “*slander*”; tampoco puede ser una causa de justificación de la intromisión la ausencia de malicia en el infractor; finalmente, las acciones que se derivan del derecho deben incluir tanto la indemnización de daños y perjuicios (“*damages*”) como la adopción de medidas cautelares para impedir la intromisión (“*injunction*”).

En esto consiste el genio de Warren y Brandeis y su aportación imperecedera a la cultura jurídica occidental: en haber sintetizado diversas trazas deslavazadas y casi imperceptibles, en una institución jurídica general reconocible y con contornos más o menos definidos²⁴⁸. Es fundamental asimismo el dato de que, desde sus mismos orígenes, el derecho a la intimidad ha estado intrínsecamente unido a unas nuevas formas de interpretación jurídica “*creativas*”, menos apegadas al texto de la ley (o a la literalidad de los precedentes, en el caso del derecho anglosajón), y más atentas a los principios generales, los elementos teleológicos y los valores, y que no siempre han sido aceptadas por toda la comunidad de los juristas, como tendremos ocasión de ver.

B) La primera conexión del “*Right to Privacy*” con los derechos fundamentales

El éxito de «*The Right to Privacy*» fue inmediato. Glancy comenta las publicaciones periódicas más intelectuales de la época se hicieron eco inmediato del estudio de Warren y Brandeis²⁴⁹. El propio Godkin muy pocos días después, dio la réplica en otra revista, reafirmando en su posición inicial²⁵⁰. Sólo tres años después de su publicación, sus argumentos fueron utilizados exitosamente ante un

²⁴⁸ La bibliografía norteamericana es, como se ha indicado, imposible de abarcar. En la doctrina española, pueden verse LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa* op. cit., p. 57-61 y SALDAÑA, N. «The Right to Privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano» *UNED. Revista de Derecho Político* (Septiembre-diciembre 2012), N.º 85, p. 195-240.

²⁴⁹ «The Defense of Privacy» *The Spectator* (February 7, 1891), Vol. 66, p. 200 y «The Right To Be Let Alone» *The Atlantic Monthly* (1891), Vol. 67, p. 428-429, ambos artículos citados en GLANCY «The invention of the Right to Privacy», op. cit., p. 7.

²⁵⁰ GODKIN, E. «The Right to Privacy» *The Nation* (25 December 1890), Nr. 51, p. 496-497.

órgano jurisdiccional²⁵¹. A partir de aquí, las ideas de Warren y Brandeis se fueron extendiendo como una rápida mancha de aceite en el ámbito del derecho de norteamericano de daños (“*torts*”). Sólo diremos aquí que la mejor constatación del cambio producido es el cambio experimentado en las sucesivas ediciones de la muy influyente obra de Cooley sobre el derecho de “*torts*”, que ya hemos citado, y en la que figura la archiconocida definición del derecho a la intimidad como el “*derecho a ser dejado en paz*” (“*the right to be let alone*”). Así, mientras en las dos primeras ediciones (1879 y 1888), la palabra “*privacy*” sólo aparece una vez para designar el bien jurídico al que ataca el fisgoneo a hurtadillas (“*eavesdropping*”), y cuando lo hace es refiriéndose al tipo de tranquilidad que se supone que tiene que haber en la casa de cada uno (“*invade the privacy of one's home*”). En cambio, en la tercera edición de la obra, publicada en 1906, aparece ya un apartado específico dedicado a los “*torts*” contra la intimidad, en que cita la primera jurisprudencia, incluyendo *Pavesich v. New England Life* (1905)²⁵². La consolidación del nuevo derecho fue tal que se incluyeron este tipo de ilícitos civiles en el Primer “*Restatement of the Law of Torts*” (1939)²⁵³.

Nos interesa mucho decir que muy tempranamente se encontró la conexión de este nuevo derecho con normas iusfundamentales de la Constitución norteamericana. En el caso temprano más importante en la consolidación del derecho a la intimidad dentro del *Common Law* fue *Pavesich v. New England Life* (1905), sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Georgia, auténtico “*leading case*” que supuso la primera rotunda victoria del derecho a la intimidad tal y como había sido

²⁵¹ *Marks v. Jaffa*, 6 Misc. 290 (N.Y. Misc. 1893). El Tribunal Superior de Nueva York otorgó una “*injunction*” a un actor y estudiante de derecho cuya fotografía fue publicada en un periódico, junto a la de otro actor en un esquema que proponía a los lectores elegir entre el más popular de los dos personajes. El demandante había manifestado su oposición expresa a que su fotografía fuera publicada en esas condiciones y consiguió una prohibición al respecto. En la argumentación del fallo, el tribunal cita el caso *Marion Manola v. Stevens & Myers*, y aún sin mencionar expresamente a *The Right to Privacy*, sí utiliza muchos de sus giros y expresiones, siguiendo claramente su mismo planteamiento. Según afirma, las personas tienen derecho a permanecer en paz y tranquilidad, y a que sus deseos y sensibilidades sean respetados (“*wishes and sensibilities*”), sin que se les pueda obligar a formar parte del estrépito y el ruido de la exposición pública si no lo desean. Vid. ERNST, M.; SCHWARTZ, A., *Privacy* (New York, MacMillan, 1962), p. 71-73; URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 99-100.

²⁵² COOLEY, *A Treatise of the Law of “torts”* (1879), op. cit., p. 64; COOLEY, *A Treatise of the Law of “torts”* (1888), op. cit., p. 69; COOLEY, T.M., *A Treatise of the Law of “torts”* (Chicago, Callaghan, 1906), p. 360-364; COOLEY, T.M., *A Treatise of the Law of “torts”* (Chicago, Callaghan, 1930), Capítulo X, p. 389-392.

²⁵³ En realidad afirma que en este tipo de “*tort*”, el perjudicado tiene acción contra “*el que ofende abusiva y gravemente el interés que otra persona tiene en que sus asuntos no sean conocidos por los demás o en que su imagen no sea expuesta al público es responsable hacia esa persona*”. *Restatement of the Law of Torts, Volume IV* (St. Paul, Minn., American Law Institute, 1939), que dedicaba a esta cuestión el parágrafo 867, bajo el título “*Interference with Privacy*” [Intromisión en la intimidad], con el siguiente tenor literal “§867. *Interference with Privacy: A person who unreasonably and seriously interferes with another's interest in not having his affairs known to others or his likeness exhibited to the public is liable to the other*”. Cfr. URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 14.

concebido por Warren y Brandeis, es decir, en ausencia de precedentes directos y de leyes que otorguen protección expresa²⁵⁴. Los hechos versaban sobre el uso publicitario de la imagen de un actor sin su conocimiento ni obviamente su permiso. En la extensa y fundamentada sentencia que resolvió el litigio, en ausencia de ley expresa al respecto y de precedente alguno, el Tribunal partió de los derechos básicos que forman parte del núcleo del derecho de un país desarrollado: el derecho a la seguridad personal y el derecho a la libertad. Según se argumenta, hoy día no puede decirse que ambos derechos estén amparados, si no se permite a la persona disfrutar de su vida con tranquilidad, y llevar una vida retirada si así lo desea, y es que *“la libertad personal abarca el derecho a la vida pública tanto como el derecho correlativo a la intimidad”*. En apoyo de su postura, cita la Decimocuarta Enmienda (como 60 años después hará el SCOTUS en la serie de sentencias que reconocieron un derecho fundamental a la intimidad), y la equivalente norma de la Constitución del Estado de Georgia, según la cual nadie puede ser privado de su libertad si no es a través del debido proceso legal. Por eso, el cuerpo de alguien no puede ser legalmente exhibido si el interesado no está de acuerdo, como postulado básico de la libertad y dignidad de la persona. En definitiva, *“el conocimiento de que los rasgos y la forma de uno están siendo usados para tal fin y colocados en tales lugares como a los que a veces se pueden ver [en] anuncios, lleva a una persona –no sólo a la extremadamente sensible, sino también a la persona de sensibilidad normal– a constatar que se le ha arrebatado la libertad. Y, mientras el publicista le está usando con estos fines, no puede ser menos de ser consciente del hecho de que está bajo el control de otro, de que ya no es libre, y de que en realidad es un esclavo sin esperanza de liberación, sujeto al servicio de un dueño sin piedad”*. Nótese que el tribunal se apoya especialmente en la libertad, como rasgo de la personalidad, vinculado a la dignidad humana, y no necesita avanzar por el camino de la trasgresión de la confianza y de las obligaciones contractuales implícitas. Otra sentencia capital, *Melvin v. Reid* (1931), dictada por la Corte de Apelación de California²⁵⁵. Los hechos eran los siguientes: la demandante, Gabriel Darley, había sido prostituta en su juventud e incluso se sufrió un juicio penal acusada de asesinato, aunque salió absuelta. En un momento dado cambió radicalmente y se casó con Bernard Melvin, llevando desde entonces una vida perfectamente honrada y digna. En 1925 se hizo una película sobre ella titulada *The Red Kimono*, que contaba su vida anterior, y gracias a ella, muchos conocidos y amigos conocieron todas estas circunstancias, cuando antes las ignoraban, lo que le causó un gran sufrimiento

²⁵⁴ *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 122 Ga. 190; 50 S.E. 68 (1905). Se trata de una sentencia muy extensa y fundamentada, que está traducida en buena parte en URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 108-118, por donde citamos en el texto.

²⁵⁵ *Melvin v. Reid*, 112 Cal.App. 285 (Cal. Ct. App. 1931); cfr. URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 120-125.

moral. El tribunal californiano se encontraba en la misma posición que el de Georgia en *Pavesich*, pues no había normas vigentes de ningún tipo que castigaran este tipo de acciones, ni tampoco precedentes, por lo que la cuestión era completamente nueva en California. La sentencia cita expresamente *The Right to Privacy* y la jurisprudencia anterior, incluyendo *Roberson* y *Pavesich*. Considera que, al igual que en otras jurisdicciones se ha admitido este derecho, en California también debe serlo, y para ello se apoya –significativamente– en el art. I, Secc. I de la Constitución californiana, que reconocía como derecho natural inalienable el disfrute y la defensa de la vida y la libertad, la adquisición, la posesión y protección de la propiedad, y la persecución y obtención de la seguridad y la felicidad (“...*have certain inalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty; acquiring, possessing and protecting property; and pursuing and obtaining safety and happiness*”). Este disfrute de la vida y persecución de la felicidad es incompatible lo identifican los jueces con el derecho a la intimidad, con independencia de si se le llama así, o se le pone otro nombre, es decir, con el respeto al espacio privado que no debe ser invadido de forma grosera y sin motivo (“*Whether we call this a right of privacy or give it any other name is immaterial because it is a right guaranteed by our Constitution that must not be ruthlessly and needlessly invaded by others*”).

C) La respuesta europea: los derechos de la personalidad.

Prácticamente al mismo tiempo que Warren y Brandeis publicaban su *The Right to Privacy*, un puñado de autores en Alemania comenzaron a construir una protección jurídica a los intereses de la “personalidad” (“*Persönlichkeit*”) que incluían un cierto amparo de la esfera privada del individuo²⁵⁶.

Sabido es que, en general, la pandectística alemana del derecho civil derivada de la Escuela Histórica negó la posibilidad de derechos de la personalidad, por confundirse las cualidades de objeto y sujeto del derecho. Así, Savigny criticó la doctrina de que pueda haber un derecho sobre la propia persona que nace necesariamente con él y que se extingue con su vida. Escribe así: “*varios autores han llevado tan lejos esta doctrina, que consideran la dirección de la inteligencia*

²⁵⁶ Sobre la historia de los derechos de la personalidad, aparte del correspondiente apartado en los manuales generales pueden verse: KASTL, K., *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht* (Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag, 2004); BALTHASAR, S., *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2006), p. 90-91; MARTIN, K., *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung* (Hamburg, Dr. Kovac, 2007); HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht* (Münster; Köhl, Böhlau, 1953), p. 93 y s. Entre los manuales, especialmente, GÖTTING, H.; SCHERTZ, C.; SEITZ, W., *Handbuch des Persönlichkeitsrechts* (München, C.H.Beck, 2008), p. 25-44.

como un derecho de propiedad, del cual hacen derivar lo que se llama libertad de pensamiento; pero no se comprende cómo pudiera impedirse al hombre pensar ó que se pueda cohibir su pensamiento, violando así de una u otra manera esta especie de propiedad; y si, para hacer inteligible esta doctrina se dice que el hombre tiene su propiedad sobre su ser visible, sobre su cuerpo y sobre sus miembros, podría admitirse una violación que reprimiese esa teoría, la cual es tan inútil como censurable, porque, entre otras consecuencias, conduce a legitimar el suicidio". Continúa Savigny diciendo que aunque es cierto que hay un elemento verdadero en la teoría, que es que el hombre es libre para disponer de sí mismo, *"esta posesión de nosotros mismos no tiene en modo alguno necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo"* ni definirse y reconocerse este poder al mismo nivel y con el mismo tratamiento con el poder sobre los bienes exteriores. A su juicio, las instituciones tradicionales que parecen proteger ese poder natural del hombre sobre su propia persona, como por ejemplo las acciones contra la difamación, aunque tenga por objeto la inviolabilidad de la persona *"no se les debe considerar como simples consecuencias de esta inviolabilidad, sino instituciones enteramente positivas, cuyo especial contenido difiere de la sanción de la personalidad"*²⁵⁷. Por tanto, no es sólo que este planteamiento descolocaba los rígidos esquemas de base de la escuela, en los cuales el derecho se manifiesta a través del poder de un sujeto –la persona– sobre un objeto –unos bienes o personas–, sino que también, llevando al extremo esa teoría llegaríamos a resultados indeseables, como la legitimación del suicidio o de la venta de partes del propio cuerpo.

Pero otros civilistas, como Puchta o Windscheid, fueron más proclives a admitir este tipo de derechos, apuntando en que el objeto de los derechos de la personalidad, no es la propia persona, sino los otros hombres a los que se obliga a respetar la personalidad del individuo. En ocasiones, los autores partidarios de los derechos de la personalidad recurren a precedentes muy antiguos, como la obra de francés afincado en Alemania Hugo Donellus [Hugues Doneau], que distinguió entre los derechos sobre uno mismo y sobre las cosas externas, enumerando entre los primeros la *"vita"*, la *"incolumitas corporis"* y la *"libertas existimatio"*²⁵⁸. Por su parte, De Castro encuentra las primeras manifestaciones de esta doctrina en la Escuela española del Derecho Natural, sobre todo en la obra de Domingo de Soto y de Luis de Molina²⁵⁹. Pero lo que está claro es que, hasta la aportación de Gierke, que veremos seguidamente, no hay una historia de los derechos la

²⁵⁷ SAVIGNY *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I, op. cit. § LIII, p. 259-260.

²⁵⁸ SAVIGNY *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I, op. cit. p. 260-261, nota 1.

²⁵⁹ CASTRO, F. de, «Los llamados derechos de la personalidad» *Anuario de derecho civil* (1959), Vol. 12, Nº 4, 1237-1276, p. 1241-1243

personalidad propiamente dicha. En todo caso, las idas y venidas sobre el mismo tema bajo grandes discrepancias de base y la variada y confusa terminología que adoptaban los autores, convirtieron la cuestión en un auténtico laberinto jurídico en los años finales del siglo XIX y comienzos del XX.

En este contexto, y de forma independiente de los desarrollos norteamericanos, pero significativamente coincidentes en el tiempo con ellos, comienzan a aparecer algunas contribuciones doctrinales en Alemania abogando por una protección de la esfera privada del individuo en el ámbito del derecho civil. Aunque todavía no se formula un derecho general a la protección de la vida privada sí se asocia la protección jurídica de la personalidad respecto a la confidencialidad, sobre todo de la correspondencia postal. El primer autor que abogó por el respeto al secreto de las informaciones fue Karl Gareis, en 1877²⁶⁰. En Kohler, el secreto de las comunicaciones está claramente vinculado con el respeto a la vida privada del autor de la carta. En otra de sus obras, Kohler afirma que la publicación de una carta supone correr la cortina detrás de la cual está el juego de la vida privada en el “santuario” (“*Heiligthum*”) de la vida interior espiritual²⁶¹. Pero el propio autor rechaza una protección general contra las indiscreciones fuera del ámbito de la correspondencia privada²⁶². No obstante, un principio general de la protección del secreto como parte del derecho de la personalidad se encuentra ya postulada en una obra de Giesker unos pocos años después²⁶³.

Al mismo tiempo, la aparición de la fotografía también llamó la atención de los juristas alemanes, que comenzaron a debatir si debía darse, y de qué modo, protección a la imagen de las personas contra la difusión y explotación de fotografías que les hubieran sido tomadas. La cuestión aparecía ya indirectamente en las primeros autores –Gareis, Kohler, Von Gierke– que se preocuparon de propugnar un derecho general a la personalidad, pero pronto surgieron obras específicas sobre la cuestión. Así, para Keyssner, la imagen forma parte del

²⁶⁰ GAREIS, K. «Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, insbefondere im Deutschen Reiche» *Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts* (1877), Band, 3, p. 137-153.

²⁶¹ KOHLER, J. «Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht» *Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (1880), 18, 129-478, p. 272.

²⁶² KOHLER, J. «Das Recht an Briefen» *Archiv für bürgerliches Recht* (1893), Bd. 7, 94-149, p. 104-105.

²⁶³ GIESKER, H., *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre* (Zürich, Müller, 1905). Véase también dos artículos de Karl Georg Lippmann: LIPPMANN, K. G. «Vom Recht an Briefen» *Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung* (1. Juli 1912/15. Juli 1912), Band 77, Nr. 13/14, S. 299-315 y Nr. 15, S. 361-366, y LIPPMANN, K. G. «Der Schutz des Privatgeheimnisses» *Deutsche Juristen-Zeitung* (1. August 1912), Jahr. XVII, Nr 15, S. 881-886, que extraen el principio de la protección del secreto de las variadas normas que establecen el deber de confidencialidad, incluyendo la regulación de los códigos penales en el derecho comparado.

cuerpo, y como éste merece una protección absoluta, como parte del derecho a la integridad personal²⁶⁴. En el Vigésimosexto Congreso de juristas alemanes, que tuvo lugar en 1902, la polémica doctrinal sobre el derecho a la propia imagen alcanzó su punto culminante. Gareis y Keyssner, dos de los autores que más se habían preocupado por el tema de los derechos de la personalidad, propusieron que este derecho fuera abiertamente reconocido como derecho con sustantividad propia. En el debate suscitado, aunque la corriente dominante era contraria al concepto de los derechos de la personalidad, que no habían sido admitidos en el BGB recientemente aprobados, fue Enneccerus quien impuso el criterio de que era necesaria una tutela legal contra los abusos en la exposición de fotografías y se vulneraran intereses dignos de protección²⁶⁵. A raíz de este congreso, en los dos años siguientes, hubo una auténtica explosión de producción doctrinal sobre el tema, en la que parecía que todo el mundo quería dar su opinión al respecto²⁶⁶. La mayoría de estas contribuciones no abogan por reconocer un derecho independiente con autonomía propia, sino que conciben la protección de la propia imagen como un derecho accesorio a otros, sea el derecho general a la personalidad, sea el derecho de autor.

La protección de la confidencialidad (por ejemplo de la correspondencia privada), de la propia imagen, o por ejemplo, del propio nombre (que fue reconocida en el § 12 del BGB) son derechos de la personalidad particulares o individuales. Un derecho general a la personalidad (“*allgemeines Persönlichkeitsrecht*”) no fue incluido en el BGB, pese a que en los trabajos preparatorios se discutió tal posibilidad, y a que muchos autores eran favorables a él. La idea de este derecho general proviene de la doctrina contemporánea. De algún modo, ya aparece la idea en Gareis, para quien la protección de la esfera privada, el derecho moral de autor (sobre todo el derecho a decidir si una obra fruto del ingenio puede o no ser divulgada), y la protección contra la difamación son manifestaciones individuales

²⁶⁴ KEYSSNER, H., *Das Recht am eigenen Bilde* (Berlin, Guttentag, 1896).

²⁶⁵ Las propuestas de Gareis y Keyssner en GAREIS, K. «Wie weit ist ein Recht am eigenen Bild anzuerkennen und zu schützen?», y KEYSSNER, H. «Zum Schutz des Rechts am eigenen Bilde», ambas en *Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, Band I* (Berlin, Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1902), p. 3 y s. y p. 72-85, respectivamente. Los debates de los asistentes al Congreso y sus recomendaciones finales en *Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, Band II* (Berlin, Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1902), p. 426. Sobre este tema, puede verse AZURMENDI ADARRADA, A., *El Derecho a la propia imagen* (México D.F., Universidad Iberoamericana, 1998), p. 65-66.

²⁶⁶ COHN, G., *Neue Rechtsgüter* (Berlin, Liebmann, 1902); OLSHAUSEN, T. «Das Recht am eigenen Bilde» *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* (1902), Jg. 46, S. 492-509; KOHLER, J., *Das Eigenbild im Recht* (Berlin, Guttentag, 1903); RIETSCHER, S. «Das Recht am eigenen Bild» *Sonderdruck aus dem Archiv für die civilistische Praxis* (1903), Bd. 94, H. 1/2 p. 142-192; SCHNEICKERT, H., *Der Schutz der Photographen und das Recht am eigenen Bilde* (Halle, Wilhelm Knapp, 1903); VON BLUME, W. «Ist ein Recht am eigenen Bilde Anzuerkennen?» *Das Recht. Rundschau für Deutschen Juristenstand* (1903), VII, 5, S. 113-118.

que derivan de una misma fuente²⁶⁷. Algo parecido podría decirse de Kohler²⁶⁸. Pero es Von Gierke el que hizo por primera vez una construcción sistemática y precisa de lo que debería ser un derecho general de la personalidad, que él llama, a veces derecho de la personalidad, en singular (“*das Recht der Persönlichkeit*”) o en plural, derechos de la personalidad (“*Persönlichkeitsrechte*”). Estos derechos se definen como aquéllos que, a diferencia de los patrimoniales, “*garantizan al sujeto el señorío [“Herrschaft”] sobre una parte esencial de la propia personalidad*”²⁶⁹. Estos derechos tienen las siguientes características: son de naturaleza privada, diferentes de los de propiedad, porque no se refieren a bienes exteriores, y personalísimos. Su contenido es de naturaleza abierta, ya que comprende todo aquello que garantice la independencia del individuo, pero al menos comprende la protección del propio cuerpo y la vida; la libertad; el honor; los estados particulares (“*besondere Zustände*”), que son los relativos a la profesión, domicilio o confesión religiosa; la participación social; el nombre y las marcas; y los productos de las creaciones intelectuales y del propio ingenio.

Antes de la aprobación del BGB, en el llamado caso de las “*Fotografías de Bismark*”, los herederos del canciller Von Bismark consiguieron que se paralizara la publicación y se destruyeran las placas fotográficas de unas fotografías del canciller en su lecho de muerte. La demanda se dirigió contra dos fotógrafos de Hamburgo que tomaron las fotografías sin permiso a través de una ventana. La demanda se basó en el derecho a la propia imagen, que el *Reichsgericht* declaró que seguía existiendo después de la muerte del interesado, pero sobre todo en el hecho de que las fotografías desmerecían la memoria del difunto, por mostrar su rostro distorsionado por la angustia de la agonía, lo que solo servía para alimentar la curiosidad morbosa de la multitud²⁷⁰. Pero como decimos, los redactores del BGB rechazaron la posibilidad de incluir en el texto legal el reconocimiento de un derecho general de la personalidad²⁷¹. Pero, a primera vista el § 823, párrafo 1º, relativo a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, podía servir de base para otorgar una cierta protección a los derechos de la propiedad. El precepto decía así literalmente: “*Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por*

²⁶⁷ GAREIS, «Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate...», *op. cit.*

²⁶⁸ KOHLER, «Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung...», *op. cit.*

²⁶⁹ VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht, Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1895), p. 702-717.

²⁷⁰ Sentencia del *Reichsgericht* 28 de diciembre de 1899, *RGZ* 45, 170.

²⁷¹ Sobre este tema, MARTIN, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, *op. cit.*, 8. Kapitel, p. 157-176.

esto". El párrafo 2º establecía la misma regla cuando se infringía una "*ley destinada a la protección de otro*"²⁷². Sin embargo, por un exagerado respeto a la literalidad de la ley, propio de la época, y para no dar la impresión de que contravenían la voluntad del legislador, que había rechazado claramente la inclusión de un derecho general a la personalidad, los jueces fueron reacios a proteger los ataques a la intimidad personal bajo este precepto. Muy tempranamente el *Reichsgericht* decidió en este sentido, y pronto se consolidó una interpretación *canónica* del § 823, párrafo 1º BGB, que podemos leer en Enneccerus, y con la que, según afirma este autor, estaba de acuerdo la mayoría de la doctrina²⁷³. Según esta interpretación, el precepto en cuestión sólo protegía, en primer lugar, en caso de lesión de cualquier derecho subjetivo, y en segundo lugar, en caso de lesión a los cuatro bienes que se mencionaban (vida, cuerpo, salud y libertad), que no eran derechos subjetivos. Enneccerus insiste varias veces en que el derecho alemán de su tiempo no reconoce un derecho general a la personalidad, pese a las opiniones a este respecto de parte de la doctrina, y por lo tanto, al carecer de norma legal expresa al respecto, tampoco otorga protección por vía civil al secreto de la correspondencia ni al derecho a la esfera secreta de la propia persona²⁷⁴. En cambio, según la opinión más extendida, el honor sí podía ser protegido por el § 823, párrafo 1º BGB²⁷⁵. Antes de la aprobación del BGB, en el llamado caso de las "*Fotografías de Bismark*", los herederos del canciller Von Bismark consiguieron que se paralizara la publicación y se destruyeran las placas fotográficas de unas fotografías del canciller en su lecho de muerte. La demanda se dirigió contra dos fotógrafos de Hamburgo que tomaron las fotografías sin permiso a través de una ventana. La demanda se basó en el derecho a la propia imagen, que el *Reichsgericht* declaró que seguía existiendo después de la muerte del interesado, pero sobre todo en el hecho de que las fotografías desmerecían la memoria del difunto, por mostrar su rostro distorsionado por la angustia de la agonía, lo que solo servía para alimentar la curiosidad morbosa de la multitud²⁷⁶.

Pero los tribunales alemanes acabaron encontrando una solución peculiar para el tipo de situaciones que habían dado lugar al artículo de Warren y Brandeis²⁷⁷. Para

²⁷² Usamos la versión española de *Tratado de Derecho Civil, Apéndice: Código Civil Alemán (BGB)* (Barcelona, Bosch, 1994), p. 170.

²⁷³ ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil, Tomo II, vol. 2º*, op. cit., p. 627-634.

²⁷⁴ ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, vol. 1º*, op. cit., p. 307-308 y 424-425, y ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil, Tomo II, vol. 2º*, op. cit., p. 628-630.

²⁷⁵ ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil, Tomo II, vol. 2º*, op. cit., p. 635.

²⁷⁶ Sentencia del *Reichsgericht* 28 de diciembre de 1899, RGZ 45, 170.

²⁷⁷ Útiles los resúmenes de SIMITIS, S. «Privacy - An Endless Debate?» *California Law Review* (1989), Vol. 98, 1989-2006, p. 1189-1190 y KRAUSE, H. «The Right to Privacy in Germany - Pointers for American Legislation?» *Duke Law Journal* (1965), 481-530, p. 485-488.

ello se apoyó en dos previsiones legales expresas, el § 12 BGB, que protegía el nombre, y los § 22 a 24 de la Ley de Propiedad Intelectual (“*Kunsturhebergesetz*”) ²⁷⁸. Según esos artículos, no se podían publicar o difundir fotografías sin permiso del retratado, con ciertas excepciones. Si el interesado había fallecido, durante los diez años siguientes debían dar el consentimiento sus familiares ²⁷⁹. Combinando ambos factores, nombre e imagen, se podía establecer una imagen de vida o “*Lebenbilds*” al que los tribunales sí podían otorgar protección ²⁸⁰. Ya en 1902 el *Reichsgericht* rechazó que hubiera en el § 823, 1 BGB un derecho a la personalidad ²⁸¹. En el llamado caso de “*las cartas de Nietzsche*”, de 1909, estimó una demanda de los parientes del fallecido filósofo alemán para que su correspondencia privada no fuera publicada ²⁸². El tribunal negó que un derecho general a la personalidad estuviera admitido en el derecho alemán, pero sin embargo dio la razón a los demandantes sobre la base del derecho de propiedad intelectual. Luego hay una serie de casos en que los demandantes consiguieron proteger su personalidad, impidiendo la publicación de fotografías sobre la base del § 12 BGB y § 22 y 23 de la *Kunsturhebergesetz* ²⁸³. En el caso del Conde Zeppelin, se estimó la demanda del notorio aristócrata e inventor aeronáutico Ferdinand Graf von Zeppelin para impedir que su nombre e imagen se utilizaran como marca comercial de unos productos del tabaco ²⁸⁴. Krause cita un interesante caso de 1923, en que el *Reichsgericht* estableció que una agencia de detectives no podía difundir a su cliente la información de que una persona fue condenada criminalmente 20 años antes, ni siquiera aunque fuera en el interés de dicho cliente ²⁸⁵. De todas formas, esta solución tuvo poca incidencia sobre las actividades crecientes de la prensa de masas. Este marco legal de protección, a

²⁷⁸ ALEMANIA. *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907* [Ley relativa a los derechos de autor en las obras de las artes plásticas y la fotografía, de 9 de enero de 1907]. *RGBl.*, 1907, p. 7.

²⁷⁹ ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, vol 1º. Parte General*, p. 424.

²⁸⁰ REINHARDT, R., «Das „Lebensbild“ und der Schutz der Persönlichkeit im modernen Privatrecht», en EVERS, Ulrich [Hrsg.], *Persönlichkeit in der Demokratie* (Köln, Bonn, Hanstein, 1973), p. 127-142.

²⁸¹ Sentencia del *Reichsgericht* de 29 de mayo de 1902, *RGZ* 51, 369, que también estableció que el “honor”, no tenía cabida en el párrafo primero del § 823, BGB, bajo el rótulo de “*otro derecho de otra persona*”.

²⁸² Sentencia del *Reichsgericht* de 8 de junio de 1908, *RGZ* 59, 401.

²⁸³ Como doctrina de la época se puede citar SMOSCHEWER, F. «Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen und im Urheberrecht», *Archiv für Urheber-Film-Funk-und Theaterrecht* (1930), Band 3, S. 119 y s., 229 y s., 349 y s.

²⁸⁴ Sentencia del *Reichsgericht* de 29 de octubre de 1910, *RGZ*, 74, 308. El razonamiento era problemático, ya que justificaba la existencia de un daño moral en ciertas características de la personalidad del demandante, como su título nobleza y posición prominente en la sociedad alemana.

²⁸⁵ KRAUSE, «The Right to Privacy in Germany - Pointers for American Legislation?», *op. cit.*, p. 487-488; *RGZ*, 115, 416. En otro caso anterior de 1911, tribunal sostuvo el criterio contrario, aunque el caso se refería a una publicación periodística: *RGZ*, 76, 110.

través de la legislación de propiedad intelectual, permanece hasta hoy²⁸⁶, y fue tomado como modelo en su día por otros países como Italia y los Países Bajos²⁸⁷. Hubo que esperar a la década de 1950, para que todo cambiara con los arts. 1 y 2 de la GG, y la interpretación de ellos realizada por los distintos tribunales, especialmente el *BVerfG*. Finalmente, hay que señalar que junto con esta protección de la personalidad por vía civil, se siguió utilizando la vía de la difamación penal, como en el notorio y politizado caso en que el Presidente del Reich, el socialdemócrata Friedrich Ebert se querelló en 1925 por “*üble Nachrede*” (difamación) contra el periodista Erwin Rothardt, que había publicado una serie de artículos contra él²⁸⁸.

La regulación de esta materia en Suiza sirve como contraejemplo de la situación alemana. Lo que en Alemania no fue posible debido a las circunstancias indicadas se materializó en Suiza gracias a una diferente redacción de sus textos legales. Los legisladores hicieron un reconocimiento pionero del derecho general de la personalidad en el §28, párrafo 1º del Código Civil de 1907, bajo el siguiente tenor literal: “*el que es ilícitamente lesionado en sus relaciones personales, puede pedir la remoción de la inquietación*”²⁸⁹. El párrafo 2º establece que el perjudicado tendrá derecho a reclamar una indemnización. El § 29 recoge también una protección del nombre, al igual que hace el § 12 del BGB. Esta regulación se completa con el Código de las Obligaciones, de 1911, que también reitera en su §49 que el que perjudica a otro en sus “*relaciones personales*” (“*persönlichen Verhältnissen*”) tiene derecho a una indemnización o a otra satisfacción que el juez considere oportuna²⁹⁰.

Resta decir, por último, que el concepto de los derechos de la personalidad fue recibido en otros ordenamientos jurídicos europeos, aunque ni con tanta rapidez, ni bajo los esquemas alemanes, muy condicionados por la diferencia entre “*derechos de la personalidad particulares*”, de los que algunos estaban admitidos en el ordenamiento jurídico alemán y “*derecho general de la personalidad*”, que no lo

²⁸⁶ Véase, por ejemplo, la STEDH el 24 de junio de 2004 (*Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00), donde se puede ver que la Ley de derechos de autor de 1907 sigue en vigor en Alemania, aunque muy reformada, y sus § 22 y 23 se utilizan hoy para determinar si una fotografía puede ser o no publicada.

²⁸⁷ SYNODINOU, T. «Image Right and Copyright Law in Europe» *Laws* (2014), Vol. 3, Issue 2, 181-207, p. 184.

²⁸⁸ Otras sentencias en MARTIN, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, 9. Kapitel, *op. cit.*, p. 178-208.

²⁸⁹ SUIZA. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907* [Código Civil Suizo de 10 de Diciembre de 1907]. *BBl.*. 21.Dezember 1907, 59. Jahrgang.VI, Nr. 54, S. 589-890. Traducción de ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, vol 1º*, p. 307, nota 2.

²⁹⁰ SUIZA. *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911* [Ley federal adicional al Código Civil Suizo (Quinta Parte: Derecho de obligaciones), de 30 de marzo de 1911]. *BBl.*, 5. April 1911, II, Nr. 14, S. 355-634.

estaba. Así, en Francia, un artículo doctrinal de 1909 ya recoge el concepto y lo trata de trasladar al derecho francés²⁹¹. En Italia, un defensor temprano de estos derechos fue Ferrara. Las monografías acerca del tema, y la inclusión de un apartado específico en los manuales escolares se generaliza hacia las décadas de 1930 y 1940²⁹².

Incluso en España, donde siempre hemos ido retrasados con relación a estos nuevos desarrollos jurídicos, una serie de contribuciones doctrinales relativamente tempranas certifican la recepción de este nuevo concepto jurídico²⁹³. Pero sobre todo, fue la jurisprudencia la que, independientemente de teorizaciones doctrinales, dio un impulso definitivo a la incorporación de los derechos de la personalidad en nuestro derecho. Una STS de 6 de diciembre de 1912 enjuició el caso de una noticia periodística relativa a la fuga de una señorita, hija del Alcalde de Totana, con un fraile, que posteriormente se suicidó. La información resultó ser completamente falsa. Los representantes legales de la menor solicitaron una cuantiosísima indemnización de daños y perjuicios, que fue concedida. La sala razona que la honra, el honor y la fama constituyen “*bienes sociales*”, cuyo daño supone la expoliación total de la “*dignidad personal, familiar y social*” de quien es acreedora a la estimación social. La sentencia afirma que los principios jurídicos en los que se apoya son preexistentes, y defiende que su decisión no invade las atribuciones del poder legislativo, ni crean ningún derecho nuevo. Finalmente, admite la posibilidad de indemnizar el daño inmaterial o moral, que valora a su arbitrio (“*pretium doloris*”). Esta sentencia ha sido reconocida justamente como “*importante*” y “*valiente*”, y responsable de un influjo decisivo en el derecho español, consideración positiva que no se ha interrumpido hasta el día de hoy²⁹⁴.

²⁹¹ PERREAU, E.H. «Des droits de la personnalité» *Revue trimestrielle de droit civil* (1909), p. 501 y s.

²⁹² NERSON, R., *Les droits extrapatrimoniaux* (Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1939).

²⁹³ Las dos primeras son traducciones de sendos artículos del italiano Campogrande: CAMPOGRANDE, V. «Los derechos sobre la persona propia (I)» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1896), Vol. 44, Nº 88, p. 514-545; CAMPOGRANDE, V. «Los derechos sobre la persona propia (II)» *Revista general de legislación y jurisprudencia* (1896), Vol. 44, Nº 89, p. 18-34; CAMPOGRANDE, V. «El “*ius in se ipsum*” en relación con la propia naturaleza del derecho sobre la propia imagen» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1905), Vol. 53, Nº 107, p. 495-511. En el gran tratado de derecho civil de comienzos de siglo, en que la distribución de materias se organizaba ya conforme al sistema alemán, con una parte general y una parte especial, se hace una somera referencia al problema de los derechos de la personalidad, que allí se llaman derechos sobre la propia persona, en la parte general, VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Parte General* (Valladolid; Madrid, Casa Editorial Cuesta, 1909), p. 214-216. Luego vendrían MARTÍN RETORTILLO, C. «Sumarias consideraciones sobre el derecho al nombre» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1927), Vol. 76, Nº 150, p. 805-823. TRAVIESAS, M.M. de las «El derecho al nombre» *Revista de Derecho Privado* (1929), Tomo 155, p. 201 y s; CÓRDOVA DEL OLMO, A. «El derecho a la propia imagen» *Justicia*, Nº 57, p. 14 y s; BATLLE VÁZQUEZ, M., *El derecho al nombre*, (Madrid, Reus, 1931).

²⁹⁴ CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», *op. cit.*, p. 1269-1272. Esta sentencia todavía es citada por jurisprudencia reciente. Por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 10 de diciembre de 2010 (Nº de

En definitiva, en pocas décadas estaba consolidado en el derecho continental europeo el concepto de los derechos de la personalidad, que es, en síntesis, en palabras de Bercovitz: “[una contribución] desde el Derecho civil a la defensa de aquellos bienes tan inherentes al ser humano que se llegan a confundir con él: la vida, el honor, la fama, la intimidad”²⁹⁵. En la obra de este autor y de otros tratadistas, las manifestaciones de los derechos o bienes de la personalidad no se limitan a esos cuatro, sino que suelen incluir el respeto a la vida, la integridad corporal, la libertad, los bienes individuales y sociales, el honor y la fama, la intimidad personal, la imagen, el reconocimiento de la cualidad el autor, el nombre. Sobre todo, es interesante para nosotros señalar que los derechos morales de autor, concepto que como hemos visto eclosionó en Europa en la segunda mitad del siglo XIX, se integró naturalmente en el concepto de los derechos de la personalidad. Lo importante a efectos de nuestro estudio es que, como puntualizó Simitis, ninguno de los desarrollos que hemos visto relativos a la protección de la “privacy” es un fenómeno exclusivamente americano²⁹⁶. Asimismo, los debates doctrinales y la innovadora jurisprudencia muestran con claridad que los juristas se preocupaban ahora por cuestiones respecto a las cuales nunca antes lo habían hecho. Sin necesidad de entrar en más detalles, a nuestros efectos cronológicos, todos estos desarrollos prácticamente contemporáneos forman una unidad. Por ello, quizá sea algo más exacto decir que la continuidad en el tiempo que proclamamos respecto al derecho de protección de datos llega hasta la parte final del siglo XIX. Es en este tiempo, y no antes, en el que comienzan a aparecer las primeras referencias a una posible protección jurídica de la intimidad de la persona, y a vislumbrarse el camino que lleva hasta el actual derecho de protección de datos.

4.3. La intimidad en retroceso: *Olmstead vs. United States*

En un contexto de afirmación progresiva de la primera manifestación de la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones, que hemos visto en

Recurso: 790/2008) la considera el inicio de un un “descubrimiento jurisprudencial”. Otras sentencias en CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», *op. cit.*, nota 108.

²⁹⁵ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona* (Madrid, Montecorvo, 1976), p. 198-199. Nótese que el autor habla de “bienes de la personalidad” en vez de “derechos de la personalidad”. En nuestro país, como es sabido, hay una clásica polémica civilista sobre si debemos hablar de “bienes” o más bien de “derechos”. En buena parte la misma deriva de la aportación de Federico de Castro. Cfr. CASTRO, F. «Los llamados derechos de la personalidad», *op. cit.*; CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España* (Madrid, Civitas, 1984) [Reproducción facsímil de la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, Tomo II, Derecho de la persona, Parte I, La persona y su estado civil], p. 35 y s.; CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil* (Madrid, Marisal, 1972), p. 7 y s. En general, puede verse sobre este tema, ROGEL VIDE, C. «Los bienes de la personalidad en Federico de Castro y sus coetáneos» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Enero-Marzo 2014), Tercera Época, Año XLXI, Número 1, p. 59-76.

²⁹⁶ SIMITIS, «Privacy - An Endless Debate?», *op. cit.*, p. 1989.

apartados anteriores, y que se intensifica en el siglo XX, tanto en textos constitucionales (como el art. 117 WV, o el art. 32 de la Constitución española de 1931) y todo tipo de leyes reguladoras de la actividad postal, telefónica o telegráfica, hay que reseñar el relativo retroceso que se produjo con la sentencia del SCOTUS *Olmstead vs. United States* (1928)²⁹⁷. En una decisión dividida de cinco contra cuatro votos, el SCOTUS rechazó que se hubiera vulnerado la Cuarta Enmienda al interceptar las comunicaciones telefónicas de un conocido jefe mafioso en los tiempos de la Prohibición, que fue condenado tomando como prueba de cargo unas conversaciones grabadas por el FBI. El razonamiento base de la decisión fue que las conexiones telefónicas fueron realizadas en los sótanos de un edificio de oficinas y en la calle, por lo que no se realizó ninguna intrusión en la propiedad del acusado, ni se violó “*la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias*”, ni se realizó ningún “*allanamiento o incautación*”, como dice la Cuarta Enmienda. Se están interceptando sólo ondas que transportan la voz de los intervinientes en una conversación, pero ni se está invadiendo la casa de nadie ni perjudicando su propiedad. Por su parte, tampoco se vulneró la Quinta Enmienda (derecho a no declarar contra sí mismo), pues esta no prohíbe la grabación sin violencia o intimidación de conversaciones privadas. Además, bajo el *Common Law* el método de obtención de una prueba es indiferente para la validez de ésta. Es evidente que en el trasfondo de la opinión mayoritaria en *Olmstead* yace la concepción de que la Cuarta Enmienda sólo se vulnera cuando hay un atentado “*físico*” a la propiedad por parte de los agentes gubernamentales, es decir que tienen que quedar afectados de una u otra forma objetos materiales, como la casa, papeles, etc.²⁹⁸

Pero el caso al menos sirvió para que Louis D. Brandeis, por entonces juez del alto tribunal, emitiera un interesante voto particular (“*dissenting opinion*”), en que reiteraba sus ideas expresadas casi cuarenta años antes en *The Right to Privacy*. Este largo voto²⁹⁹, al que se adhirieron otros “*Justices*” ha sido sin duda el alegato más convincente a favor de la protección constitucional de la intimidad en el derecho norteamericano, y aún hoy se sigue citando en sentencias judiciales de toda índole. Para Brandeis, tanto la Cuarta como la Quinta Enmienda fueron dictadas para proteger a los ciudadanos contra la invasión de la santidad de la casa de un hombre y su vida privada (“*protection against such invasion of the `sanctities of a man’s home and the privacies of life’ was provided in the Fourth and Fifth Amendments...*”), sin que la protección quedara limitada a los objetos y aspectos referidos nominalmente en el texto de la *Bill of Rights*. No hay diferencia

²⁹⁷ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

²⁹⁸ GORMLEY, «One hundred years of privacy», *op. cit.*, p. 1360-1352.

²⁹⁹ Brandeis, *Dissenting* 277 U.S. 438, 477-488.

esencial entre abrir una carta cerrada e interceptar una comunicación telefónica, cuando el acto lo realizan los agentes gubernamentales. Brandeis lamenta que la doctrina fijada en *Boyd vs. United States* (1886) no hubiera sido seguida: allí se dijo que la esencia del fallo de Lord Camden en *Entick v. Carrington* (1765) no estaba en romper las puertas ni en revolver los cajones (“*it is not the breaking of his doors, and the rummaging of his drawers, that constitutes the essence of the offence*”), sino el derecho inalienable a la seguridad personal, la libertad personal y la propiedad privada. La protección conferida por la Bill of Rights es mucho más amplia que los daños a la merca propiedad. Los Padres Fundadores quisieron garantizar que se establecían las condiciones favorables para que cada uno pudiera perseguir la felicidad, lo que significa reconocer la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos, de su inteligencia. Los redactores de la constitución sabían que sólo una parte del dolor, los placeres y satisfacciones de la vida se encuentran en las cosas materiales. Por ello trataron de otorgar, frente a las actuaciones del gobierno el derecho a ser dejado en paz (“*the right to be let alone*”), el más completo de los derechos, y el más valorado por los hombres civilizados (“*the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men*”). Para proteger ese derecho cualquier intromisión injustificada en la intimidad, cuales quiera que sean los medios empleados para ello, debe ser considerada una violación de la Cuarta Enmienda. Finalmente, Brandeis indica que, de no respetarse el derecho a la intimidad (“*privacy*”) del individuo, se auguraba un futuro en el que el Estado utilizaría avanzados medios tecnológicos para espiar a los ciudadanos y todo el sistema de libertades quedaría en entredicho.

Es interesante resaltar que detrás de la decisión mayoritaria hay, nuevamente, un problema metodológico. La sala rechaza hacer una interpretación extensiva de la Cuarta Enmienda, porque entiende que no es función de los jueces atribuir un significado más amplio, fuera de los cauces interpretativos usuales, a una previsión constitucional (“*the courts may not adopt such a policy by attributing an enlarged and unusual meaning to the Fourth Amendment*”). En su voto particular, por el contrario, Brandeis defiende expresamente que el SCOTUS está autorizado para extender la Constitución a casos y situaciones que los Padres Fundadores no habían imaginado, como de hecho ha ocurrido muchas veces en el pasado. Y que este poder interpretativo de la Constitución es especialmente relevante cuando se trata de dar protección frente a los abusos del poder. Según esta idea, imprescindible adaptar las Constituciones, que se pretende que sean “*eternas*”, en la medida en que esto es posible a una institución humana, a las nuevas circunstancias traídas por el transcurso del tiempo.

Pero, como queda dicho, la opinión mayoritaria era otra. Hay que decir que decisión de *Olmstead* fue enormemente controvertida. Por ejemplo, la

interceptación de comunicaciones estaba considerada ya como delito en muchos estados. Por su parte, el FBI no realizaba antes de 1933 la interceptación de comunicaciones electrónicas porque, según declaró su director Hoover, aunque podía ser legal, sin embargo, se consideraba poco ética³⁰⁰. De hecho, en la sentencia se indica que el Congreso “*puede decidir*” proteger el secreto de los mensajes telefónicos y hacer que la interceptación ilegal de los mismos no pueda ser utilizada como prueba en los juicios por delitos federales. Por segunda vez en cuestiones relativas a la intimidad, después del *Statute* de Nueva York de 1902, el legislador se movió siguiendo la sugerencia de los tribunales. Después de muchas discusiones, el Congreso prohibió la interceptación y divulgación de conversaciones telefónicas o de radiomensajes mediante la *Federal Communications Act* de 1934 (Sec. 605)³⁰¹.

Cabe decir, por último, que el mismo concepto “*físico*” de intimidad se mantuvo en la jurisprudencia del SCOTUS hasta los años 60, donde la eclosión de la intimidad como valor digno de protección modificó completamente las concepciones imperantes hasta entonces. Así por ejemplo, pueden citarse *Goldman v. United States* (1942)³⁰², en que consideró válida como prueba la grabación con un dictáfono tomada por agentes policiales en una habitación contigua, y *Lee v. United States* (1952)³⁰³, en que la prueba de cargo contra un narcotraficante fue obtenida por un agente encubierto que llevaba un transmisor de radio oculto.

4.4. Las aportaciones del constitucionalismo de entreguerras

A) La interdicción de interrogatorio por creencias religiosas

a) Planteamiento, conexión con el derecho de protección de datos y primeros precedentes

Las actuales leyes de protección de datos, y también algunas Constituciones, insisten a menudo en la especial protección de los datos relativos a creencias o convicciones religiosas, que no pueden ser recogidos ni tratados sin el consentimiento del titular de los datos, salvo para finalidades estadísticas o fiscales legalmente tasadas. Este tipo de normas entroncan con una tradición anterior, pero hoy día tienen su ubicación más adecuada en el derecho de protección de datos.

³⁰⁰ HAIMES, G.; LANGBART, D., *Unlocking the Files of the FBI* (Wilmington, De., Scholarly Resources, 1993), p. 254-255; posteriormente, la actitud del FBI hacia el uso de los medios tecnológicos cambió enormemente, y la agencia fue una decidida partidaria de los mismos.

³⁰¹ ESTADOS UNIDOS. *An Act to provide for the regulation of interstate and foreign communication by wire or radio, and for other purposes, June 19, 1934, cit., Sec. 605 en 1003-1004.*

³⁰² *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942)

³⁰³ *Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952).

Un gran ejemplo de ello tenemos en nuestro ordenamiento: el art. 16.2 CE establece que “*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*”, sin que en su origen se considerara dicho precepto especialmente vinculado ni a la informática ni a la la protección de datos. Como explicita la ubicación sistemática del precepto, los constituyentes consideraban nuestro artículo como un corolario de la libertad ideológica y religiosa, incluido en nuestra Constitución probablemente por influencia del art. 27 p. 4º de la Constitución de 1931. Pero cuando se aprobó la LORTAD muchos años después, la norma que estamos comentando se reiteró de forma expresa en el art. 7.1 de la LORTAD y hoy de forma nada sorprendente está en el mismo artículo de la LOPD. Preceptos similares recorren un buen número de leyes de protección de datos por todo el mundo, y otras leyes fundamentales más modernas recogen la misma norma con un enfoque mucho más orientado al concepto de la protección de datos. Así, por ejemplo, la vigente Constitución de Estonia, aprobada tras la caída de los regímenes comunistas, establece que las agencias estatales, las administraciones locales y sus funcionarios no recabarán o almacenarán información sobre las creencias de un ciudadano estonio contra la libre voluntad de éste³⁰⁴. A nuestro juicio, esta clase de prohibiciones de tratamiento de datos personales de religión tienen como finalidad tanto la igualdad de trato (cuando puede existir una discriminación, de hecho o de derecho, a los seguidores de una determinada religión, es mejor que se vean compelidos a manifestarla), como el efectivo ejercicio de la libertad religiosa (la persona podrá escoger o modificar sus creencias religiosas más libremente si sabe que su elección no es conocida por las instancias públicas), la propia intimidad personal (porque sobre todo en algunos entornos culturales se consideran las creencias religiosas como un hecho puramente personal que está en el centro más profundo de la intimidad del individuo), como finalmente la propia vida, seguridad e integridad personal (porque la historia ha dado sobrados ejemplos de persecuciones por motivos religiosos, y más específicamente los totalitarismos del siglo XX nos han enseñado lo nocivo que puede llegar a ser que perseguidores convencidos dispongan de listas de adscritos a una religión). Por todo ello, la interdicción de tratamiento de datos de afiliación o preferencia religiosa está en la raíz del espíritu que anima a la protección de datos.

En cuanto a los precedentes, no podemos considerar como tal la prohibición de juramentos religiosos que aparece en la Constitución norteamericana de 1787.

³⁰⁴ ESTONIA. *Eesti Vabariigi põhiseadus [Vastu võetud 28.06.1992]* [Constitución de la República de Estonia [aprobada el 28 de junio de 1992]], versión vigente en sitio web oficial del *Riigi Teatajal* [Gaceta del Estado] [en línea]. Versión inglesa en el mismo sitio web, por la que citamos; § 42: “*State agencies, local governments, and their officials shall not gather or store information about the beliefs of an Estonian citizen against the citizen's free wills*”.

Según establece el artículo VI de este texto constitucional: “*Los Senadores y Representantes antes mencionados y los Miembros de las Asambleas Legislativas de los diversos Estados, así como todos los Funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los distintos Estados, se comprometerán bajo Juramento o Promesa a hacer cumplir esta Constitución; mas no se exigirá jamás Requisito religioso alguno como Condición para ocupar una Comisión o un Cargo público, Retribuido o de Confianza, bajo la autoridad de los Estados Unidos*”³⁰⁵. Tanto la interpretación literal de esta norma como la histórica en sentido “originalista”, que recurre al examen de las concepciones e ideas existentes en el momento en que se redactó el texto constitucional, conduce sin duda a que la cláusula constitucional de los juramentos constitucionales no prohíbe la averiguación sobre las creencias religiosas de los ciudadanos, sino únicamente a que ciertos ciudadanos que profesan creencias minoritarias queden excluidos de los cargos públicos, o que queden vinculados en su fuero interno a unas creencias contra su voluntad. Se trataría no tanto de proteger la intimidad, sino de impedir la discriminación por razones religiosas o incluso por razones puramente pragmáticas, asegurarse que los hombres más íntegros y honestos no sean excluidos del gobierno³⁰⁶. En este sentido, la cláusula constitucional de prohibición de los juramentos religiosos supuso un cambio dramático respecto a las prácticas existentes en el país³⁰⁷, y es un reconocimiento constitucional del derecho a la libertad religiosa, aunque a menudo haya pasado desapercibido. De hecho, la cláusula sobre la prohibición de los juramentos constitucionales no ha sido jamás interpretada por el SCOTUS, ya que no ha habido ocasión para ello³⁰⁸.

En cambio, sí es un claro precedente de este tipo de normas la Constitución alemana de 28 de marzo de 1849 (“*Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849*”) también llamada Constitución de Frankfurt [del Main] o “*Paulskirchenverfassung*”, por haberse reunido la convención constitucional en la Iglesia de San Pablo de esa ciudad, marca un cambio significativo en esta materia³⁰⁹. A continuación del reconocimiento de la libertad de pensamiento y

³⁰⁵ Traducción de *Sobre Estados Unidos*, op. cit., p. 30.

³⁰⁶ «An Originalist Analysis of the No Religious Test Clause» *Harvard Law Review* (2007), Vol. 120, p. 1649-1669, especialmente, p. 1650-1659.

³⁰⁷ McCONNELL, M. W. «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion» *Harvard Law Review* (May 1990), Vol. 103, No. 7, 1409-1517, p. 1474.

³⁰⁸ El único caso en que colateralmente podía haberse pronunciado sobre el Art. VI, Sec. 3ª de la Constitución fue el caso *Torcaso v. Watkins* (1961), donde se discutía la constitucionalidad de una ley estatal que requería que los notarios públicos realizaran un juramento de creencia en Dios antes de asumir su cargo: el tribunal la anuló, como no podía ser menos, pero basándose en la Primera Enmienda. *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961).

³⁰⁹ ALEMANIA. *Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849*, cit.

religión, se indica que “*nadie está obligado a manifestar sus convicciones religiosas*” (“*Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren*”)³¹⁰. La norma supone una ruptura con la legislación y la práctica administrativa prusianas, que obligaban a las personas a realizar un acto jurídico para cambiar de afiliación religiosa³¹¹. Pero hay seguramente algo más. Para la mitad del siglo XIX, es muy probable que la mentalidad social dominante hubiera cambiado en un sentido tal que se considerara intrusivo, o al menos molesto, tener que hacer pública expresión de las propias creencias religiosas. Esta evolución tiene que ver, sin duda, con el proceso de interiorización de la religión, que cada vez más se va considerando como un aspecto íntimo de la persona, que sólo opera en el interior del individuo y que está carente de proyección exterior. Pero al mismo tiempo es sin duda una manifestación más intensa y radical del principio de la libertad religiosa, de modo que el sujeto es completamente libre en materia religiosa, porque ni siquiera tiene que comunicar a nadie qué es lo que piensa o siente en su fuero interno en relación con cuestiones religiosas, si no lo desea. En este sentido, esta norma entronca con las formulaciones de la libertad religiosa de la tradición europea. Si el Derecho Territorial General Prusiano ya había establecido que nadie podría ser inquietado (“*beunruhigt*”) por sus creencias religiosas (2, 11, § 4), y la Declaración del Derechos del Hombre y del Ciudadano había declarado que nadie puede ser “*incomodado*” (“*inquiété*”) por ellas (art. 16), ahora parece que la simple manifestación de las convicciones religiosas es, como mínimo, una molestia. No está de más recordar que por la misma época, aproximadamente, surgió un notable rechazo a la recogida de datos acerca de creencias religiosas en los censos ingleses de 1851 y 1861, generándose una considerable controversia al respecto³¹². Por eso, aunque en la Constitución de 1849, en ningún momento se hable de grabación, registro o conservación de los datos de afiliación religiosa, este derecho a no manifestar las propias convicciones religiosas está mucho más próximo a nuestro actual concepto de intimidad personal, y en este sentido, puede ser considerado un precedente próximo de nuestras actuales normas de protección de datos. Sin embargo, este derecho a no declarar en público las convicciones religiosas, que nunca llegó a estar en vigor,

³¹⁰ Abschnitt VI. Artikel V, § 144, 2.

³¹¹ Según el 2, 11, § 41 del *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, el cambio de afiliación religiosa se produce como regla general a través de una declaración expresa, aunque la asistencia a las ceremonias religiosas que difieren significativamente de la propia tiene valor de declaración expresa (§ 42).

³¹² LEVITAN, K. *A Cultural History of the British Census* (New York, Palgrave Macmillan., 2011) p. 34 y 84-95.

como el resto de la Constitución de 1849, no pasa ni a la Constitución prusiana de 1851³¹³, ni a la Constitución del Imperio Alemán de 1871³¹⁴.

b) El artículo 136 párrafo 3º de la Constitución de Weimar

La cuestión de la prohibición del interrogatorio acerca de cuestiones religiosas vuelve a aparecer con fuerza en las Constituciones aprobadas en Europa en el periodo entre las dos guerras mundiales. El primer caso, y el más notable, es la WV de 1919. El artículo 136, párrafo 3º de este texto (mantenido en vigor por cierto en vigor por la GG) establece que: *“Nadie está obligado a manifestar sus convicciones religiosas. Las autoridades no tendrán el derecho de preguntar sobre la pertenencia a una comunidad religiosa, salvo que de ello dependan derechos y deberes, o así lo exija una encuesta estadística dispuesta por ley”*³¹⁵. El párrafo viene a continuación de otros dos relativos a la mutua independencia de las esferas civil y religiosa (*“los derechos y deberes civiles y cívicos no serán condicionados ni limitados por el ejercicio de la libertad del culto”* y *“el goce de los derechos civiles y cívicos, así como la admisión a los cargos públicos, son independientes de la confesión religiosa”*) y todo el artículo a continuación del art. 135, que reconoce el derecho a la plena libertad religiosa y de conciencia y al ejercicio de la propia religión sin interferencias religiosas. Como se puede comprobar, esta Constitución se inscribe plenamente en la última fase de la evolución de la libertad religiosa, que es la separación entre el Estado y la Iglesia.

El primer inciso del art. 136, 3 que estamos comentando (*“nadie está obligado a manifestar sus convicciones religiosas”*) es reproducción exacta del § 144, segundo inciso, de la Constitución de Frankfurt de 1848 (*Paulskirchenverfassung*). A este respecto vale todo lo dicho cuando analizamos este precepto. Estamos ante una garantía más del derecho a la libertad religiosa pero con enfoque moderno derivado de la consideración de la religión como una cuestión privada, que afecta exclusivamente al individuo y que no tiene por qué tener ningún tipo de dimensión externa. Es decir, estamos ya en la línea del reforzamiento de la autonomía del individuo y no sólo ante la garantía de igualdad de acceso a cargos públicos, evitando discriminaciones por razones religiosas, como en las normas de las primeras constituciones norteamericanas. La doctrina actual habla de una libertad

³¹³ ALEMANIA. Prusia. *Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850* [Acta Constitucional para el Estado prusiano, de 31 de enero de 1850]. *Ges-Stamml.*, 1850, S. 17 ff.

³¹⁴ ALEMANIA. *Verfassung des deutschen Reiches vom 16. April 1871* [Constitución del Imperio Alemán de 16 de Abril de 1871]. *RGBl.*, 1871, S. 63 ff.

³¹⁵ *„Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren. Die Behörden haben nur soweit das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, als davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert“.*

de religión negativa (“*negative Religionsfreiheit*”) o libertad de confesión negativa (“*negative Bekenntnisfreiheit*”), o incluso de derecho a callar (“*Schweigefreiheit*”), y lo radica en el art. 4.1 GG, más que en el 136, 3 WV, que aunque siga vigente, se le otorga en general un valor principalmente declarativo. La potestad jurídica consiste, en esencia en el derecho a guardar silencio y a mantener sus convicciones para sí. Se relaciona principalmente con el párrafo 4º del artículo, que establece que “*nadie podrá ser forzado a un acto o celebración religiosa, o a participar en prácticas religiosas o a emplear una fórmula religiosa de juramento*”. Esta faceta de la libertad religiosa sigue guardando relación, pues, con la prohibición de la obligatoriedad de juramentos religiosos para ejercer cargos públicos que también contemplan tanto el art. 56 GG como el derogado el art. 177 WV. Se insiste asimismo en la eficacia horizontal o “*drittwirkung*” de este derecho. Pero en realidad, el precepto ha dado lugar a una casi inexistente jurisprudencia del *BVerfG*, que también es escasa en relación con el art. 136, 4 WV, aunque respecto a este último sí haya habido algunos casos relevantes³¹⁶

El segundo párrafo es simplemente una excepción a la regla que se acaba de establecer, en aras de la protección de intereses públicos. Estos intereses públicos son únicamente dos, y en los contempla en parte la propia Constitución. El primero es cuando de la pertenencia a la comunidad religiosa dependan derechos y deberes. La doctrina de la época (anterior al nacionalsocialismo) hace una interpretación amplia de esta excepción. En primer lugar, el tenor literal del texto da cómoda cabida a muchos supuestos de hecho, ya que se refiere a cualquier derecho u obligación, sea de naturaleza pública o privada³¹⁷. El caso más claro comprendido aquí es el de los impuestos eclesiásticos³¹⁸. La posibilidad de que las Iglesias perciban impuestos está expresamente recogido en el art. 137, 6 de la propia WV (y sigue vigente hoy), bajo la siguiente redacción: “*las sociedades religiosas que sean corporaciones de Derecho público están facultadas para percibir impuestos, de acuerdo con las disposiciones legales de los Länder, en base al censo de contribuyentes civiles*”. El impuesto eclesiástico (“*Kirchensteuer*”) surgió en Alemania a comienzos del siglo XIX como consecuencia de la secularización de estados, territorios y bienes eclesiásticos producida por las guerras napoleónicas. El Acuerdo orgánico de la Diputación del

³¹⁶ *BVerfGE* 33, 23, sentencia sobre la negativa a prestar juramente; *BVerfGE* 93, 1, sentencia sobre el crucifijo en la escuela; *BVerfGE* 108, 282, sentencia sobre el velo islámico. Cfr. RENCK, L. «Positive und negative Bekenntnisfreiheit und Glaubens- oder Rechtsstaat» *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1996), Band 29, Heft 6, S. 205-206.

³¹⁷ Por ejemplo, POETZSCH-HEFFTER, F., *Handkommentar der Reichverfassung vom 11 August 1919* (Berlin, Otto Liebmann, 1928), p. 445.

³¹⁸ Cfr. POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar der Reichverfassung vom 11 August 1919*, op. cit., p. 446, que considera que este precepto permitiría, a la hora de elaborar las listas de contribuyentes civiles a que se refiere el art. 137, 6 de la Constitución preguntar ya por el dato de la afiliación religiosa.

Imperio (“*Reichsdeputationshauptschluss*”) firmado en Ratisbona en 1803, acordó la secularización de 70 estados eclesiásticos y abolió la autonomía de 45 ciudades imperiales, para compensar a los príncipes de los territorios al oeste del Rin, que pasaban a formar parte del imperio francés. Los Estados se apropiaron de todas las posesiones eclesiásticas. Los bienes de monasterios y cabildos catedralicios pasaron a mano de los regímenes seculares³¹⁹. A partir de entonces, la financiación de la Iglesia católica pasaría a ser una carga de los Estados, tanto protestantes como católicos. Pero pasados unos años, fue evidente que ni unos ni otros “*cumplieron en la medida exigida las obligaciones por ellos contraídas de sufragar el culto, la enseñanza religiosa y la dotación de las diócesis*”³²⁰. De esta situación arranca la instauración del impuesto eclesiástico. Este impuesto consiste en el pago de una cuota tributaria cuyo importe fijan las iglesias (normalmente un porcentaje sobre la cuota de otro impuesto, como el de la renta), pero que recauda el Estado, y su producto se paga bien a la Iglesia Evangélica, bien a la Católica, según la afiliación religiosa del contribuyente. En este esquema de gestión tributaria es imprescindible conocer, pues, el dato de la afiliación religiosa de todas las personas sujetas al pago de determinados impuestos. Su finalidad era liberar a los presupuestos estatales de la carga que suponía la financiación de la Iglesia, la católica, pero también la protestante donde ésta existía, por lo que la instauración del impuesto eclesiástico es también una manifestación de la secularización creciente de las sociedades europeas. El primer estado alemán que lo instauró fue el pequeño principado de Lippe-Detmold, en 1827, después de que una iniciativa prusiana de 1808 fracasara. Pero hasta finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX este tipo de impuesto no se generalizó: Wurtemberg lo implantó en 1887, Baden en 1886, Prusia en 1905, Baviera en 1908 y Sajonia en 1913³²¹. Por tanto, en el momento en que se aprobó la WV, el impuesto eclesiástico era una institución relativamente reciente, y es lógico no sólo que se estableciera una “*garantía institucional*” para protegerlo, sino también que se estableciera la excepción que estamos analizando.

La segunda excepción a la interdicción de interrogatorio sobre cuestiones religiosas es cuando así lo exija “*exija una encuesta estadística dispuesta por ley*”. A este respecto, cabe recordar que la realización de preguntas relativas a la religión en los censos periódicos era habitual no sólo en Alemania, sino también

³¹⁹ LORTZ, J., *Historia de la Iglesia en la perspectiva de la historia del pensamiento, II, Edad Moderna y Contemporánea* (Madrid, Cristiandad, 1982), p. 420-421. En general, puede verse HAMMER, H., *Rechtsfragen der Kirchensteuer* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2002), p. 4-43.

³²⁰ LORTZ, *Historia de la Iglesia en la perspectiva de la historia del pensamiento, II...* op. cit., p. 422.

³²¹ HOPE, N., *German and Scandinavian Protestantism 1700 to 1918* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 583.

en los demás países del mundo³²². Pero además, en tiempos de la República de Weimar, había otra previsión legal que permitía recoger datos de religión para fines estadísticos, que era la legislación del Registro Civil. Desde 1875, la Ley del Registro Civil establecía que la religión esra un dato identificativo básico, porque obligaba a los registradores a recoger y anotar en sus libros los datos de religión de los padres de un recién nacido (§ 22), la religión de los contrayentes de un matrimonio (§ 54) y de los fallecidos (§ 59)³²³. Para adecuar estas disposiciones a la norma de art. 136,3 WV, se aprobó un aley de reforma del Registro Civil en 1920, que eliminó la obligación de registrar los datos de religión en esos párrafos, pero en cambio incluyó un nuevo § 82, a), que en cambio estableció que los registradores civiles podrían realizar tratamientos de datos estadísticos, especialmente de los relativos a la pertenencia a una comunidad religiosa³²⁴. Un obvio uso de esta información estadística podía ser, por ejemplo, dar cumplimiento al art. 140 WV, también vigente según el cual *“tanto en el Ejército, en los hospitales, en los establecimientos penales o en otros establecimientos públicos exista la necesidad de culto y cuidado de almas, las sociedades religiosas serán autorizadas a realizar actos religiosos...”*, para lo que los órganos estatales deberían conocer el porcentaje de afiliados o practicantes a una u otra confesión religiosa.

Ni que decir tiene que el artículo 136, 3 WV que estamos comentando fue sistemáticamente incumplido en tiempos del nacionalsocialismo, en los que se obligó a los judíos reiteradamente a rellenar formularios y a registrar sus datos personales, o sus bienes y propiedades. Algunas de estas recogidas de datos se justificaron por motivos estadísticos, como en los censos de 1933 y 1939, como tendremos ocasión de comentar. Y también es cierto que, desde un primer momento, desde el Primer Reglamento de ejecución de la Ley sobre la restauración de la función pública³²⁵, y luego de una forma más precisa con las Leyes de Nuremberg de 1935, se había tratado de dar un enfoque *“racial”* a la cuestión judía, en las delirantes concepciones nazis, un judío no dejaba de serlo

³²² Según el estudio de BUCK, J., «Die Religion in den Volkszählungen des In- und Auslandes», *Allgemeines Statistisches Archiv*, (1937/1938), p. 23-29, sobre 40 países que realizaron censos entre 1905 y 1937, solo tres, concretamente Irlanda, Islandia y Siam, no preguntaron por la religión de los encuestados.

³²³ ALEMANIA. *Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung, vom 6. Februar 1875* [Ley sobre la documentación del estado civil y el matrimonio, de 6 de febrero de 1875]. *RGBl.*, Nr. 4, S. 23 – 40.

³²⁴ ALEMANIA. *Gesetz über den Personenstand, vom 11. Juni 1920* [Ley sobre el estado civil, de 11 de junio de 1920]. *RGBl.*, 18. Juni 1920, Nr. 135, S. 1209-1212. Esta norma, así como su reglamento de desarrollo, es citada expresamente por POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11 August 1919*, op. y loc. cit.

³²⁵ ALEMANIA. *Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, vom. 11. April 1933* [Primer Reglamento de aplicación de Ley sobre la restauración de la función pública, de 11 de abril de 1933]. *RGBl.*, 11. April 1933, I, Nr. 37, S. 195.

por el hecho de dejar de profesar la religión hebrea. Pero lo cierto es que la cualidad de judío, y el “grado” de la misma, se determinaba en relación con la religión profesada por los abuelos, los padres, o finalmente por el mismo interesado. Así que, en el fondo, se procesaban datos personales relativos a la afiliación religiosa.

c) El artículo 27, párrafo 4º de la Constitución de la República Española de 1931

Fuera de Alemania, se encuentra otro precepto de estas características en la Constitución de la República española de 1931, cuyo art. 27 párrafo 4º establecía que “*nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas*”. No se hacían excepciones a la prohibición, como en el caso alemán. El apartado está ubicado en un artículo que reconoce “*la libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión*”. En principio, se trata de un simple corolario de la libertad religiosa del resto del artículo³²⁶, pero lo cierto es que este derecho a la interdicción del interrogatorio por cuestiones religiosas era importante para los constituyentes, porque ya aparecía en Anteproyecto de Constitución³²⁷, en un artículo similar, aunque bajo otra numeración. Pero en el Anteproyecto se contemplaba la excepción de “*los motivos estadísticos*”, lo cual podría ser indicativo de que se tomó el modelo alemán en la elaboración del precepto. Más interesante aún es que esta garantía ya reconociera expresamente por el nuevo régimen republicano a través de un Decreto de 22 de mayo de 1931³²⁸, aprobado por el Gobierno provisional de la República varios meses antes de que se aprobara la Constitución, cuyo artículo 1 establecía: “*Nadie, en ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está*

³²⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *Las constituciones históricas españolas* (Madrid, Civitas, 1986), p. 577, comentando el art. 27 de la Constitución de 1931

³²⁷ Anteproyecto de Constitución de república española de 1931, en *Biblioteca Virtual Cervantes, Constituciones hispanoamericanas* [en línea] [Portal] (Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2014).

³²⁸ Decreto declarando que nadie en ningún acto de servicio, ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión, y en su virtud, disponiendo que los funcionarios, así civiles como militares, se abstengan de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les estén subordinados, *GM*, núm. 143, de 23 de mayo de 1931, p. 878 a 879. Por cierto, que esta disposición no son una absoluta novedad en nuestro país, ya que, según comenta De Miguel Castaño, en la *Introducción al Censo de población de 1987, publicado en 1891*, se indicaba la falta de conveniencia de recoger datos relativos a la confesión religiosa de los ciudadanos. Tal y como reproduce esta autora el comentario textualmente decía: “*la cédula del propio modo no debe contener en España las preguntas relativas a la confesión religiosa de sus habitantes, ni a sus defectos físicos notorios, a causa de la repugnancia general a declarar lo que acaso sea secreto guardado en lo íntimo de la conciencia, y à estampar en cédula los propios defectos físicos por más visibles que sean...*”. Hay por tanto una doble protección, de la intimidad para las preguntas relacionadas con la confesión religiosa, y del honor para los defectos físicos notorios, como como tales, no pueden formar parte del ámbito de lo íntimo. Vid. DE MIGUEL CASTAÑO, *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad* (Madrid, Instituto Nacional de Estadística, 1983), p. 260.

obligado a manifestar su religión, en su virtud, los funcionarios así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les estén subordinados". El propio título del Decreto y su texto, sobre todo del Preámbulo, dejan claro cuál es la intención del legislador: proteger la libertad de conciencia (negativa) de quien no comparte las creencias mayoritarias de una religión que siempre ha vivido una situación de "*privilegio*", esto es, el catolicismo, para que no sólo no tenga la obligación jurídica, sino que ni siquiera se sienta constreñido a acudir a actos religiosos en los que no cree.

No deja de ser curioso que en dos situaciones de base tan diferentes como la que había en la República de Weimar de 1919 y en la República Española de 1931, se haya aprobado un artículo tan similar. En Alemania, se partía de un reconocimiento histórico de la libertad religiosa, en una sociedad con hondas raíces en la tolerancia religiosa al haber confesiones cristianas, de las cuales, eran dominantes la evangélica luterana y la católica. En España, en cambio, se partía de una situación de predominancia absoluta de la religión católica, que era prácticamente la única del país, en un entorno político tradicional de práctica confesionalidad del Estado. Este punto de partida fue explícita y polémicamente contestado por las clases dirigentes de la nueva República, que instauraron una política antirreligiosa, o al menos fuertemente laicista, cuyas manifestaciones se pueden ver en la propia Constitución. A la vista de estas situaciones tan dispares, no es aventurado concluir que la prohibición de interdicción de interrogatorio por cuestiones religiosas tenía un diferente significado en uno u otro país. Así, mientras en Alemania, el precepto parece estar orientado a la tolerancia religiosa, en España parece dirigido a servir la nueva política contraria a admitir cualquier expresión religiosa en el ámbito público. De hecho, la eliminación de la excepción para "*estadística pública*", que sí aparecía en el Anteproyecto, abunda en esta misma línea, pues se da a entender que no se preguntará nunca a los ciudadanos por su religión, como una cuestión intrascendente que el Estado no tiene interés en conocer. Desde luego, ni la financiación pública de la Iglesia, ni la instauración de un impuesto religioso al modo alemán, estaban en las intenciones de las Cortes constituyentes de 1931.

B) Los derechos de los funcionarios sobre su propio expediente personal en la Constitución de Weimar.

La VW contemplaba unos derechos en favor de los funcionarios que quizá se podrían entender como precedentes de los derechos de los afectados (derechos de acceso, de rectificación y oposición) en un sistema de protección de datos. En su

artículo 129, p. 3 VW, en tres incisos, se establecía³²⁹: primero, que los funcionarios tendrán la oportunidad de recurrir contra cualquier acto de naturaleza sancionadora, y a solicitar la restitución en el puesto; segundo, que las menciones negativas sólo podrán ser puestas por escrito en el expediente personal si el funcionario ha tenido la oportunidad de hacer comentarios al respecto; y tercero, que el funcionario tendrá acceso a su expediente personal.

Pero más que un precedente de los derechos de los afectados en la protección de datos, el artículo nos parece únicamente un componente más de la garantía institucional del funcionariado que la doctrina en general vio en estos artículos 128 a 131 de la VW. En primer lugar, no es un derecho que correspondiera a toda persona por el hecho de serlo, sino sólo a los que estén en la relación de sujeción especial propia de los funcionarios. Y en segundo lugar, la finalidad del precepto no parece la protección de la personalidad o la autonomía del individuo, sino únicamente de los intereses profesionales del funcionario en cuestión, que podría defender así su carrera, su remuneración y su posición dentro del cuerpo, más que su honor y buen nombre. En realidad, el propósito del artículo es corregir algunas situaciones que se venían arrastrando derivadas de la concepción prusiana de la función pública, en las que la carrera del funcionario dependía de las calificaciones del superior, que muchas veces eran subjetivas, pero contra las que no se podía alegar, y que muchas veces el funcionario ni siquiera tenía legalmente derecho a conocer³³⁰.

En todo caso, parece una situación peculiar específica del derecho alemán, porque por ejemplo, en España los repertorios de jurisprudencia del siglo XIX y comienzos del XX están llenos de sentencias dictadas en litigios para pedir la rectificación de la hoja de servicios. Lo cual da a entender que los funcionarios no tenían problemas para acceder a su expediente personal. De hecho, la primera vez que aparece un artículo de estas características en el derecho español es en el art. 13.5 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública³³¹, que establecía que “*el personal tendrá libre acceso a su expediente individual*”, por cierto, de forma conjunta con otro precepto relacionado con la protección de datos que establecía que “*en la documentación individual del*

³²⁹ „Gegen jedes dienstliche Straferkenntnis muß ein Beschwerdeweg und die Möglichkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens eröffnet sein. In die Nachweise über die Person des Beamten sind Eintragungen von ihm ungünstigen Tatsachen erst vorzunehmen, wenn dem Beamten Gelegenheit gegeben war, sich über sie zu äußern. Dem Beamten ist Einsicht in seine Personalsachweise zu gewähren“.

³³⁰ Sobre este asunto, puede verse, NIETO, A. *El mito de la Administración Prusiana* (Sevilla, Universidad de Sevilla; Instituto García Oviedo, 1962), especialmente, p. 230 y s., donde se narra que el secretismo sobre el expediente sancionador era un instrumento para proceder a la depuración política de funcionarios no afines.

³³¹ BOE, núm. 185, de 3 de agosto de 1984.

personal de las diferentes Administraciones Públicas no figurará ningún dato relativo a su raza, religión u opinión". Pero la lectura de los debates parlamentarios muestra que la cuestión no tenía ninguna importancia para los legisladores, pues ni una ni otra norma figuraban en el Proyecto de Ley, y su inclusión en el texto final aprobado se justificó prácticamente por ser una cuestión de sentido común y simplemente, recordatorio de derechos fundamentales poco menos que innecesario.

Es interesante señalar, de todos modos, que el art. 129, 3 WV planteó especiales dificultades al régimen nacionalsocialista. En 1934, el Ministerio de Justicia planteó una pregunta por conducto oficial al Ministerio del Interior, acerca de si el artículo estaba vigente. La pregunta venía motivada por el hecho de que el precepto podía ser un obstáculo para la depuración de funcionarios por motivos políticos que ya se estaba realizando, pues se anotaba en el expediente de cada funcionario la mención de si era adepto o contrario al régimen nacionalsocialista. La respuesta del Ministerio del Interior fue que se debería seguir aplicando el derecho a ser oído, pero que el derecho de acceso a los archivos personales era incompatible con el "*principio de liderazgo*" ("*Führerprinzip*") y por tanto se debía considerar obsoleto³³². Esto al menos demuestra que los derechos de acceso, rectificación y oposición, incluso de alcance tal limitado como los que contemplaba el art. 129, 3 WV, son una garantía contra la arbitrariedad de los poderes públicos.

4.5. La explosión de la preocupación por la intimidad en la segunda posguerra mundial

Dando comienzo a un proceso que no se ha detenido todavía hasta hoy, después de la Segunda Guerra Mundial, la intimidad comienza a escalar poco a poco hacia uno de los primeros puestos en las preocupaciones de la gente común. Seguramente hay muchas circunstancias que confluyen para ello. Podemos señalar las mejoras en las tecnologías de la información que ya existían, y sobre todo en algunas prácticas invasivas de la intimidad; la Guerra Fría con sus consecuencias de aumento de la vigilancia y el espionaje, y la creación de un ambiente algo paranoico proclive a ver informadores al acecho detrás de cada pared o ventana; la aparición de una sociedad del bienestar, donde tiende a percibirse cada intromisión externa como una grave molestia; o también el despegue de un negocio del espectáculo ("*show business*") que alimenta la curiosidad pública por las figuras del espectáculo, y a la que éstas responden cada vez con más frecuencia

³³² MOMMSEN, H., *Beamtentum im Dritten Reich* (Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1966), p. 76, 181-182

interponiendo demandas por vulneración de su intimidad, dando lugar a sonados litigios de gran repercusión pública.

Un buen ejemplo de esta mayor atención al tema es un artículo del escritor William Faulkner en el *Harper's Magazine* en 1955, donde este Premio Nobel se sintió obligado a salir a la arena pública a defender que el Sueño Americano (*"American Dream"*), es decir una sociedad de hombres libres donde cada persona es respetada como un individuo que puede llevar a cabo sus propias aspiraciones en paz y tranquilidad, estaba en peligro. Y expresa como síntomas la presión creciente de los medios de comunicación, que por un mero ánimo de lucro, se lanzan a escribir sobre la vida –personal y privada–, de cualquier personaje relevante sin ningún sentido de la responsabilidad ni buen gusto (*"taste"*)³³³. Incluso la preocupación por la defensa de la intimidad salta hasta la doctrina papal: en una alocución ante el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Psicología Aplicada, en 1958, el papa Pío XII expresó su preocupación, por la *"utilización ampliamente extendida de ciertos tests, por medio de los cuales se llega hasta auscultar sin escrúpulo las profundidades íntimas del alma"* y la problemática utilización, que se considera generalmente ilícita en el ámbito judicial, del *"narcoanálisis"* y del *"detector de mentiras llamado lie-detector o polígrafo"*. Y señala que el respecto a los *"derechos de las personas"* exige el consentimiento del interesado antes que nadie pueda entrar en su psiquismo, consentimiento que debe ser prestado libremente y con pleno conocimiento, lo que además no exime al psicólogo de no contravenir las normas legales³³⁴.

En estos años, antes de que hubiera ordenadores, la preocupación por la intimidad se centraba en una serie de temas frecuentemente repetidos, que se consideraban agresiones o vulneraciones de la intimidad que afectaban a la vida de las personas corrientes, y no sólo de personajes famosos. Entre estas agresiones están las técnicas psicológicas que *"desnudan"* a los aspirantes a un puesto de trabajo, a través de test con preguntas que se refieren a cuestiones muy personales, o también con el uso del polígrafo o detector de mentiras; la vigilancia de los trabajadores de una empresa, a través de cámaras de televisión, micrófonos o, de nuevo tests, cuestionarios o interrogatorios, pero también por ejemplo de los estudiantes de enseñanza secundaria, con parecidas técnicas; la observación directa o escucha a través de avanzados medios electrónicos, incluyendo la relativa a la interceptación de las comunicaciones, que conduce a una pérdida de intimidad en lugares que antes se consideraban seguros, como los domicilios particulares; los

³³³ FAULKNER, W. «On privacy» *Harper's Magazine* (July 1955), p. 33-38.

³³⁴ PIO XII, *Discurso de Su Santidad Pío XII a los participantes en el XIII Congreso Internacional de Psicología Aplicada*, [en línea] (10 de abril de 1958).

bureaus de crédito (“*credit bureaus*”), que almacenan y distribuyen información financiera sobre millones de personas; los empresarios que venden información sobre personas, ya sea con finalidades de marketing, es decir, nombres, apellidos y direcciones e información asociada para poder hacer una selección u otra en función del producto que se quiera vender o promocionar, ya sean detectives privados o verificadores de historiales crediticios o de antecedentes penales. Uno de estos libros, el de Vance Packard, explicaba que las causas de estos ataques eran cinco fuerzas que presionan para socavar la intimidad: la aparición de grandes organizaciones, desde grandes corporaciones hasta la Seguridad Social; el movimiento hacia la plena aceptación de un Estado que protege a través de la vigilancia, donde tiene alguna importancia la prolongada Guerra Fría con el bloque comunista; las presiones generadas por la abundancia y la sociedad de consumo, desde el aumento exponencial del uso del crédito, hasta los medios de comunicación, pasando por las aseguradoras, bancos o empresas de marketing; el crecimiento de la investigación privada como una industria poderosa; y finalmente la aparición de “*ojos, orejas y memorias electrónicos*”, es decir de dispositivos electrónicos de escucha y vigilancia³³⁵.

Pero resulta discutible que todos estos factores externos sean el único motivo del auge de la intimidad. Hay otros indicios de que la intimidad comienza a ser una preocupación de primer orden en la ciudadanía por causas intrínsecas del desarrollo del concepto, que tiene su dinámica particular. Así, hay un cierto sentimiento de rechazo social al acopio estatal de determinadas informaciones que se consideran sensibles o peligrosas para el disfrute de ciertas libertades individuales, que, y esto es importante, se expresa en términos de amenaza a la intimidad. Westin nos informa de dos incidentes en los Estados Unidos al final de los años 50, que ilustran la resistencia al tratamiento de datos, basada, según los propios opositores, en razones de “*privacy*”³³⁶. El primer episodio es el rechazo a que el censo decenal incluyera una pregunta sobre la religión de los encuestados. La Oficina del Censo estuvo considerando en los años 50 la posibilidad de incluir preguntas sobre las preferencias religiosas de los ciudadanos, ya que al parecer habían recibido alguna petición gubernamental en ese sentido y ciertamente, el análisis estadístico de las preferencias religiosas de los ciudadanos podía tener algún interés económico y sociológico. En 1956 se realizó una prueba, encuestando al respecto a los habitantes de algunos condados del estado de Wisconsin y en 1957 se incluyó una pregunta sobre religión en la encuesta más reducida de población entre censos decenales, la *Current Population Survey* [Encuesta de población actual] de 1957, cuyos resultados se extrapolaron a un

³³⁵ PACKARD, V., *The naked society* (New York, David McKay, 1964), p.15-43.

³³⁶ WESTIN, *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, p. 302.

informe titulado *Religion Report by the Civilian Population of the United States, March 1957* [Informe sobre religión en la población civil de los Estados Unidos, marzo 1957]. No hubo al parecer una excesiva resistencia a contestar, pero algunos grupos religiosos y defensa de los derechos civiles organizaron protestas contra la inclusión de preguntas de religión en el censo de 1960³³⁷, preguntas que serían de contestación obligatoria por la obligación legal de responder verazmente todas las cuestiones del censo decenal. Como resultado de esta presión, la Oficina del Censo no incluyó ninguna pregunta sobre religión ni en el censo de 1960 ni en el de 1970, y finalmente, a partir de 1976 le fue vedado formalmente hacerlo, por una Ley de 1974³³⁸. El *Religion Report* de marzo de 1957 fue retirado y la información contenida en él y la que sirvió de base para su elaboración nunca se publicó ni se utilizó. Aunque ni mucho menos todas las organizaciones que hicieron campaña por este asunto explicitaran sus razones en estos términos, sí hubo algunos que indicaron que la Oficina del Censo estaba vulnerando la “*privacy*” de los ciudadanos³³⁹. El segundo ejemplo propuesto por Westin es el rechazo en la sociedad norteamericana al sistema de identificación personal universal, que incluía la asignación de un número único de identificación a cada ciudadano. Para ello, y teniendo en cuenta que el número de la Seguridad Social, creado en los años 30, no podía cumplir esta función, porque no sólo no todos los ciudadanos tenían uno de estos números, sino que además algunas personas tenían varios³⁴⁰, la Oficina Nacional de Estadísticas Vitales (*National Bureau of Vital Statistics*) trató de asignar un número único a cada nacido después del 1º de enero de 1949. La idea fue denunciada en varios periódicos entre 1949 y 1950, que realizaron amargas advertencias sobre la emergencia de un estado policial y la inminente aparición de un “*Gran Hermano*”. Finalmente, esta oposición provocó que 24 estados declinaran participar en el sistema, y que el Congreso no llegara a

³³⁷ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 302-304.

³³⁸ La norma se encuentra en 13 USC §221(c) “*Notwithstanding any other provision of this title, no person shall be compelled to disclose information relative to his religious beliefs or to membership in a religious body*”. Fue introducida por la Secc. 13 de la *Public Law 94-521*. Referencia completa: ESTADOS UNIDOS, *Public Law 94-521, Oct. 17, 1976, 94th Congress, An Act to amend Title 13, United States Code, to provide for a mid-decade census of population, and for other purposes* [Ley pública 94-521, de 17 de octubre de 1976, de reforma del título 13 del Código de los Estados Unidos para facilitar un censo de población en la mitad de una década y otras finalidades]. *Stat.*, 90, p. 2459-2466, Public Law 94-521.

³³⁹ Así, la declaración del “*United Synagogue Council*” [Consejo de Sinagogas Unidas], según la cual, este interrogatorio “*would constitute an unwarranted infringement upon the privacy of Americans*” [supondría una violación sin garantías de la intimidad de los ciudadanos], según recoge WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 303.

³⁴⁰ La situación actual es bastante distinta, de modo, que aunque el número de seguridad social sigue teniendo deficiencias para cumplir este cometido, se ha convertido, en el número identificador único de los Estados Unidos, “*de facto*”, en buena parte por el uso que han hecho de él todo tipo de organizaciones de carácter público o privado. Véase: KOMUVES, F. «We've Got Your Number» *Journal of Computer & Information Law* (Spring 1998), Vol.16, Issue 3, p. 529-578.

aprobar la legislación que hubiera impulsado la iniciativa³⁴¹. En ambos casos – datos sobre religión y números únicos identificativos–, el sentimiento social de rechazo no fue generalizado, pero sí suficientemente poderoso para que para que los organismos públicos correspondientes declinaran llevar a cabo sus planes.

Ahora bien, ambos incidentes no son indicativos todavía una preocupación por el uso de la tecnología informática, contexto principal donde hasta la fecha se ha desarrollado el derecho de protección de datos. La informatización es claramente posterior en el tiempo. Dicho de otro modo, lo que preocupaba a la población no que las autoridades estatales, gracias a ordenadores, pudieran llegar a acceder a esa información de forma más rápida o durante mayor tiempo o que pudieran vincularse de forma ágil y cómoda a otros conjuntos de datos hasta dibujar un perfil completo de la personalidad del sujeto que pudiera ser accesible a múltiples usuarios en pocos segundos. Simplemente, la gente no quería que esta información fuera a parar a los órganos estatales. Es cierto, como dice Westin, que esta resistencia la sufrieron los usuarios de los primeros ordenadores³⁴², porque la Oficina del Censo fue un organismo pionero en la utilización sistemática de la naciente tecnología informática. Pero no parece que el rechazo a facilitar información sobre las propias creencias religiosas tenga que ver que los peligros asociados a la revolución informática, que todavía no se percibía, y desde luego no en términos de amenaza a la intimidad y a las libertades, como veremos. Pero es más importante para nosotros el hecho de que los intereses subyacentes debajo de la oposición a estos tratamientos de datos, que quizá podían haberse expresado en términos de defensa de la libertad religiosa (que podría verse menoscabada si el poder político tuviera un conocimiento detallado de la religión que profesa cada ciudadano), o de establecimiento de límites al poder político (con el rechazo a un número único que incrementaría sustancialmente las posibilidades de control desde el aparato estatal), sin embargo lo hace como una defensa de la intimidad (“*privacy*”), que es la palabra clave del momento.

Como es natural, este interés acrecentado por la intimidad se traspasa al mundo del derecho. Urabayen narra con todo lujo de detalles cómo después de la Segunda Guerra Mundial, los tribunales franceses comienzan a conocer de casos en que se discute la existencia de un derecho a la intimidad, exponiendo pormenorizadamente una cincuentena de sentencias dictadas entre 1953 y 1971, en que de una forma u otra aparecía involucrado un derecho a la intimidad. Los órganos jurisdiccionales tendían a reconocer este derecho sobre la base de necesidad de protección de la personalidad, aún sin una base legal clara que lo

³⁴¹ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 302-304.

³⁴² WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 302.

sustentara más allá del art. 1388 del *Code Civil*, similar a nuestro 1902 CC³⁴³. Aunque hay todo tipo de situaciones de hecho involucradas en esas sentencias, muchas veces este es el contexto de las informaciones de la prensa sensacionalista sobre personajes notorios. Así, en 1955 los tribunales dieron la razón a la actriz Marlene Dietrich, que interpuso una demanda contra la revista *France-Dimanche*, que había publicado unas memorias inéditas de la actriz sin su consentimiento, otorgándole una fuerte indemnización³⁴⁴. En Estados Unidos se acelera la producción jurisprudencial en los años 50, lo que conduce a la necesidad de una sistematización doctrinal, que se produjo a partir de 1960, como veremos. Y en Reino Unido, se estableció en 1953 un *Press Council* [Consejo de la Prensa], por recomendación en 1949 de una Comisión nombrada al efecto. Este Consejo, que tenía un carácter de organismo de autorregulación, cuya principal función era proteger la libertad de la prensa británica tuvo que entrar a valorar numerosas quejas planteadas en que se alegaba una invasión de la intimidad³⁴⁵. Con estos desarrollos, estamos ya en la mayoría de ordenamientos jurídicos en una situación prácticamente contemporánea en relación al tema del conflicto entre libertad de prensa y vida privada, salvo en lo que respecta a la “*constitucionalización*” de la intimidad, que vendría en los años inmediatamente posteriores.

Por supuesto, el interés por la intimidad llega a la doctrina científica. Un puñado de definiciones de la intimidad aparecidas en contribuciones doctrinales nos puede dar una visión general del tema. Así, para el italiano De Cupis, en 1950, el derecho a la intimidad es “*aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la persona misma*”³⁴⁶. Para Swindler, en 1955, “*el derecho a la vida privada puede ser definido como el derecho de vivir su propia vida en soledad sin estar sometido a una publicidad que no se ha provocado ni deseado. En resumen, el derecho a ser dejado en paz*”³⁴⁷. Para Roger Nerson, en 1959, el derecho a la intimidad consiste en tener

³⁴³ URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 173-308.

³⁴⁴ *Cour d'Appel Paris*, 16 mars 1955 [Tribunal de Apelación de París de 16 de marzo de 1955], 295. Cfr. URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 173-175.

³⁴⁵ URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 67-88. La comisión que recomendó la creación del organismo fue la *Royal Commissions on the Press*, que aprobó la Cámara de los Comunes en 1946 y fue nombrada por el Gobierno en 1947 y emitió sus recomendaciones en 1949. En 1991 fue sustituido por la actual *Press Complaints Commission* [Comisión de quejas de la prensa] Otros países de la *Commonwealth* siguieron este mismo planteamiento, como por ejemplo Australia, que lo establecería en 1976; Vid., KIRKMAN, D. A., *Whither the Australian Press Council?* [en línea] (Sydney, The Australian Press Council, 1996). El *Press Council* publicaba unos *Reports* anuales. La fuente de la información es sobre todo un folleto publicado por el organismo: PRESS COUNCIL, *Privacy, Press and Public* (London, Press Council, 1971). En general puede verse PRATT, *Privacy in Britain*, op. cit., p. 101-113.

³⁴⁶ DE CUPIS, A., *I Diritti della personalità* (Milano, Giuffrè, 1950), p. 108, utilizando la expresión “*diritto a la riservatezza*”.

³⁴⁷ SWINDLER, W.F., *Problems of law in journalism* (New York, Macmillan, 1955).

un sector personal reservado, a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, lo que constituye la esencia de la personalidad³⁴⁸. Para Lucien Martin, en 1959, “*la vida privada es la vida familiar, personal del hombre, su vida interior, espiritual, la que lleva cuando vive detrás de su puerta cerrada*”³⁴⁹. Finalmente, para un manual de referencia británico sobre derecho de “*torts*”, el de Winfield, Jolowicz y Lewis, en su edición de 1963, es “*la violación de la vida privada consiste en una injerencia no autorizada en el retiro de otra persona que se mantiene a sí misma y a su familia apartada del público*”³⁵⁰. Y dejamos aquí el tema por el momento, ya que en los años 60 se produce un importante cambio que tendremos oportunidad de ver.

4.6. Los comités de estudio de la privacidad y las recomendaciones de organismos internacionales

Como una prueba más de la importancia que alcanza la intimidad en este periodo histórico, tenemos el fenómeno de los comités o comisiones de estudio de la intimidad o privacidad. Durante los años 60 y 70 del siglo XX, una moda recorre todos los prácticamente todos los países avanzados, así como las organizaciones internacionales más relevantes: constituir un comité, comisión o grupo de trabajo, con la misión de estudiar el problema candente de las amenazas intimidad, y emitir un informe o recomendaciones al respecto. Estos comités “*oficiales*” fueron creados, según los casos, por parlamentos o gobiernos.

Llama verdaderamente la atención la emulación (quizá cabría decir la imitación o seguidismo) de unos países con otros en esta materia. Una revisión de la bibliografía, con los informes o conclusiones emitidos, muestra que prácticamente ningún país de la OCDE, por fijar el ámbito de los países más desarrollados del mundo, dejó de constituir su comité. Quizá la ausencia de ellos en el caso de España aquí es uno de los más llamativos, pues aquí en España nunca se constituyó comisión alguna, y la aprobación de la primera ley “*omnibus*” de protección de datos, la LORTAD, además de tardía, llevó un cauce completamente peculiar³⁵¹. En muchos casos, el resultado de este trabajo fue la aprobación de

³⁴⁸ NERSON, R. «La protection de l'intimité» *Journal (belge) des Tribunaux* (20 décembre 1959), p. 713 y s., citado en URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 15, que frente a lo que ha sido habitual en la doctrina francesa, usaba la expresión “*droit à l'intimité*”. El propio Nerson utiliza en otro sitio el más habitual “*vie privée*”, cfr. NERSON, R. «La protection de la vie privée en droit positif français» *Revue internationale de droit comparé* (1971), Vol. 23, No. 4, p. 737-764.

³⁴⁹ MARTIN, L. « Le secret de la vie privée » *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1959), p. 225-235, p. 330.

³⁵⁰ WINFIELD, P.H.; JOLOWICZ, J.A.; LEWIS, T.E., *A Text-book of the Law of “tort”* (London, Sweet & Maxwell, 1963), p. 726.

³⁵¹ Como relata Heredero Higuera en HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal* (Madrid, Tecnos, 1996), p. 11-24, Vid. especialmente, p. 17-18, que dice que en nuestro país “*sorprende la ausencia total de dichos*

alguna ley de protección de datos, ya en los años 70 y 80. Los casos de Francia³⁵², Reino Unido³⁵³, Suecia³⁵⁴ o Alemania³⁵⁵ son suficientemente conocidos, pero esta misma mecánica se dio también en otros países como Canadá³⁵⁶, Noruega y Dinamarca³⁵⁷, Países Bajos³⁵⁸, Suiza³⁵⁹ o Australia³⁶⁰. Estos comités son el precedente inmediato de las autoridades de protección de datos que existen actualmente en todos los países europeos, que combinan las características de un regulador independiente, un “ombudsman” y un grupo de expertos con funciones consultivas.

El caso de Estados Unidos es especial, porque como indica Regan, el tema de la “*information privacy*”, es decir los problemas derivados de la recogida de información personal por organizaciones como emisores de tarjetas de crédito, ficheros de solvencia, bancos, el gobierno federal, las instituciones educativas o los videoclubs, han provocado una gran atención de las dos Cámaras del Congreso norteamericano. Entre 1965 y 1988, este problema ha llevado a más de 150 días de

trabajos, en contraste con los que con tal finalidad se llevaron a cabo en países que presuntamente pertenecen a nuestro mismo ámbito cultural”.

³⁵² La *Commission de l'informatique et des libertés* se creó en 1974 a raíz del escándalo “SAFARI”. Emitió su informe en 1975 en el que recomendaba la aprobación de una ley de protección de datos: *Rapport de la Commission Informatique et libertés* (Paris, La Documentation Française, 1975). La Ley “omnibus” francesa tomó el nombre de esta Comisión, que se convirtió en el organismo supervisor independiente. Posteriormente hubo otro informe, en este caso encargado por el Presidente de la República a los académicos Alain Minc y Simon Nora: MINC, A.; NORA, S., *L'informatisation de la société* (Paris, La Documentation Française, 1978). Se publicó en español: NORA, S.; MINC, A., *La informatización de la sociedad* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1981).

³⁵³ Los diversos comités e iniciativas legislativas bien están descritos en LOSANO, M. G. «Los orígenes del “Data Protection Act” inglesa de 1984», en LOSANO, M.G.; PÉREZ LUÑO, A.E.; GUERRERO MATEUS, F., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989), p. 9-60. El informe más importante fue el emitido por el Comité presidido por Sir Kenneth Younger: YOUNGER, K. (Chairman), *Report of the Committee on Privacy* (London, Her Majesty's Stationery Office, 1972).

³⁵⁴ BENNETT, *Regulating Privacy*, *op. cit.*, p. 61-65.

³⁵⁵ Aquí fue el Ministerio Federal del Interior quien pidió un informe a un grupo de profesores universitarios bajo la dirección de Wilhelm Steinmüller, que emitió su informe en 1971: STEINMÜLLER, W. ; LUTTERBECK, B. ; MALLMANN, C. ; HARBORT, U. ; KALB, G. ; SCHNEIDER, J., *Grundfragen des Datenschutzes* (Bonn, Deutsches Bundestag, 1972 [Juli 1971]). También FLAHERTY, D., *Privacy and data protection* (London, Mansell Publishing Limited, 1984), p. 79; HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, *op. cit.* p. 47.

³⁵⁶ Tanto a nivel federal como provincial (Ontario, Québec) y tanto con comités generales como específicos de algunos tratamientos de datos como los policiales; *cfr.* FLAHERTY, *Privacy and data protection*, *op. cit.*, p. 3-8.

³⁵⁷ Ambos citados en HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, *op. y loc. cit.*

³⁵⁸ HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, *op. cit.* p. 39-40.

³⁵⁹ HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, *op. cit.* p. 47-48, tanto en el nivel federal, como en el cantonal de Lausana.

³⁶⁰ También a nivel federal y estatal, *cfr.* FLAHERTY, *Privacy and data protection*, p. 73.

audiencias (“*hearings*”), sin contar con los relativos a la actividad de los ficheros de solvencia. Y se han emitido alrededor de 15 informes por comités o comisionados parlamentarios. De todas estas iniciativas del Congreso, sin duda la más importante para nuestro objeto son las audiencias que tuvieron lugar en 1965 en respuesta a la intención del Gobierno Federal de crear un *National Data Center* [Centro Nacional de Datos]³⁶¹. Además, de forma separada están las audiencias e informes relativos a la “*communication privacy*” (protección legal contra la interceptación de las comunicaciones) y “*psychological privacy*” (problemas derivados básicamente del uso de polígrafos y test psicológicos), que también ascienden a un número considerable. Luego están, además, los varios informes que emitió el *Committee on Scientific and Technical Information* (COSATI), que estuvo funcionando entre 1963 y 1972 adscrito a la Oficina Presidencial de Ciencia y Tecnología, uno de los cuales, de 1967 es especialmente notable, entre otras cosas por contener una influyente definición de intimidad: “*el derecho a la vida privada es el derecho del individuo a decidir por sí mismo en qué medida compartirá con otros sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida privada. En realidad, lo que es privado varía según los días y las circunstancias*”³⁶². Singularmente importante fue el informe emitido por un Comité “*ad hoc*” creado en tiempos del Presidente Nixon, que fue presidido por Willis W. Ware, y cuyo informe final recomendaba la aprobación de una ley especial para regular el tratamiento de datos personales por las administraciones públicas³⁶³, lo que finalmente se llevó a cabo con la *Privacy Act* de 1974.

Otro fenómeno típico de aquel período son las recomendaciones de organizaciones internacionales. En el Consejo de Europa se constituyó en el año 1967 una Comisión para el estudio de las tecnologías de la información y su potencial incidencia en los derechos de las personas, en especial, en el derecho a la intimidad. En 1967 se creó una comisión en el seno del Consejo de Europa, cuyos trabajos se plasmaron en la Resolución 509, de 1968, de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre los “*derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos*”. La Asamblea señaló que los grandes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se habían dictado antes de la utilización generalizada de los ordenadores, y que por tanto, debían ser revisados para adaptarse a la nueva situación. Siguiendo la Recomendación el Comité de expertos en derechos humanos del Consejo indicó en 1970 que los textos internacionales

³⁶¹ REGAN, P., *Legislating Privacy* (Chapel Hill; London, University of North Carolina Press, 1995), p. 6-8 y Appendix A, p. 245-250.

³⁶² Citado en URABAYEN, *Vida privada e información*, op. y loc. cit. Otro informe del COSATI, esta vez de Agosto de 1973 es reproducido parcialmente en SIEGHART, *Privacy and computers*, op. cit., p. 150-151.

³⁶³ *Computers, Records and the Right of Citizens*, op. cit.

vigentes no protegían al individuo de las nuevas amenazas³⁶⁴. Luego vendrían la Resolución N° R (73) 22 (adoptada por el Comité de Ministros el 26 de septiembre de 1973, en la reunión 224 de Delegados del Gobierno), relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos de datos electrónicos del sector público y la Resolución N° R (74) 29, (adoptada por el Comité de Ministros el 20 de septiembre de 1974, en la reunión número 236 de Delegados del Ministros), relativa a la protección de la vida privada de las personas físicas respecto a los bancos de datos electrónicos del sector público³⁶⁵. La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán del año 1968 admitió la posibilidad que la electrónica pudiera afectar derechos personales que hagan a la intimidad y la necesidad de limitar tal intromisión³⁶⁶. La Resolución 2450 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, también de 1968, pedía a los órganos competentes tomar iniciativas en el área de la protección de los derechos del hombre y singularmente de la protección de la vida privada en vista de las nuevas tecnologías³⁶⁷. En el seno de la OCDE se constituyó en 1970 un grupo de expertos sobre informática que examinaron la cuestión de la protección de las libertades individuales, y que emitió un informe en Enero de 1971³⁶⁸.

Luego están los comités “*privados*”, que fueron reuniones de juristas, muchas veces de ámbito internacional, para tratar el tema de la intimidad. Sendas reuniones internacionales de juristas que tuvieron lugar en Estocolmo en 1967 y en París en 1970 (auspiciada esta última por la UNESCO)³⁶⁹. Respecto a la primera, tuvo lugar días 22 y 23 de mayo de 1967 tuvo lugar en Estocolmo una Conferencia de Juristas Nórdicos, organizada por la sección sueca de la Comisión Internacional

³⁶⁴ Esta resolución se ha considerado tradicionalmente en la doctrina española como punto de partida de la preocupación jurídica por el impacto de los ordenadores en los derechos fundamentales; *cfr.* PUENTE ESCOBAR, A. «Breve descripción de la evolución histórica y del marco normativo internacional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal», en PIÑAR MAÑAS, J.L., (Dir.), *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica* (Valencia, Agencia Española de Protección de Datos/Tirant lo Blanc, 2006), p. 37-67, p. 39; PIÑAR, J. L. «Protección de datos», en MURILLO DE LA CUEVA, P.; PIÑAR MAÑAS, J. L., *El derecho a la autodeterminación informativa* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2009), 81-179, p. 84-85; DAVARA RODRÍGUEZ, A., *La protección de datos en Europa* (Madrid, Grupo Asnef-Equifax/Universidad Pontificia de Comillas, 1998), p. 15

³⁶⁵ Texto en AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El Consejo de Europa y la protección de datos personales* (Madrid, Agencia de Protección de Datos, 1997), p. 31-33 y p. 45-48.

³⁶⁶ BENNETT, *Regulating Privacy*, *op. cit.*, p. 132.

³⁶⁷ BENNETT, *Regulating Privacy*, *op. y loc. cit.* DE MIGUEL CASTAÑO, *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad*, *op. cit.*, p. 91.

³⁶⁸ NIBLETT, G.B.F., *Information numérique et la protection des libertés individuelles* (Paris, Organisation de Cooperation et de Devoileppement Economiques, 1971), p. 9. También publicado en inglés; NIBLETT, G.B.F., *Digital information and the privacy problem* (Paris, Organization for Economic Cooperation and Development, 1971).

³⁶⁹ NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, (México, Siglo XXI, 1979), p. 30.

de Juristas, para discutir acerca del derecho a la intimidad. Las conclusiones de ese Congreso³⁷⁰ han tenido una profunda influencia, sobre todo en los años inmediatamente posteriores a la misma. El documento defiende la intimidad: “*el derecho al respeto a la vida privada es el derecho de una persona a ser dejada en paz para vivir su propia vida con el mínimo de injerencias exteriores*”, pero a continuación se expresan una serie de situaciones que constituyen una vulneración de este derecho, en lo que es un meritorio intento de delimitar el contenido material de la intimidad. Así, se afirma que, de forma amplia, este derecho significa “*el derecho del individuo para vivir como prefiera protegido contra:*

- a) Toda injerencia en su vida privada, familiar y doméstica.*
- b) Todo ataque a su integridad física o mental o a su libertad moral o intelectual.*
- c) Todo ataque a su honor o reputación.*
- d) Toda interpretación perjudicial dada sus palabras o a sus actos.*
- e) La divulgación innecesaria de hechos embarazosos referentes a su vida privada.*
- f) La utilización de su nombre, de su identidad o de su imagen.*
- g) Toda actividad tendente a espiarle, vigilarle y acosarle.*
- h) La interceptación de su correspondencia.*
- i) La utilización maliciosa de sus comunicaciones, privadas, escritas u orales.*
- j) La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por él bajo secreto profesional”.*

Y, “*en la práctica*”, la definición citada anteriormente comprende los casos siguientes:

- “I) El registro de una persona.*
- II) La violación y registro del domicilio o de otros locales.*

³⁷⁰ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Conclusions of the Nordic Conference, May, 1967, on the Right to Privacy* (Geneva, [c. 1967]), Versión española tomada de URABAYEN, *Vida privada e información, op. cit.*, p. 311-315. Parte de estas conclusiones también reproducidas en INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, «The legal protection of privacy» *International Social Science Journal* (1972), Vol. XXIV, Number 3, 417-583, p. 420.

- III) *Los exámenes médicos, psicológicos y físicos.*
- IV) *Las declaraciones molestas, falsas o irrelevantes, referentes a una persona.*
- V) *La interceptación de la correspondencia.*
- VI) *La captación de los mensajes telefónicos o telegráficos.*
- VII) *La utilización de aparatos electrónicos de vigilancia o de otros sistemas de escucha.*
- VIII) *La grabación sonora y las tomas de fotografías o películas.*
- IX) *El acoso por los periodistas u otros representantes de medios de comunicación social.*
- X) *La divulgación pública de hechos referentes a la vida privada.*
- XI) *La divulgación de informaciones comunicadas o recibidas por consejeros profesionales o dadas a autoridades públicas obligadas a secreto.*
- XII) *El acoso de una persona (por ejemplo, vigilándola, siguiéndola o molestándola con llamadas telefónicas”.*

En 1970, la Sección británica de la Comisión internacional de juristas tuvo también otra reunión, en la que se elaboró un informe muy influyente en Reino Unido y los países de cultura británica, en el que, entre otras cosas, se constataba la dificultad de definir la intimidad satisfactoriamente³⁷¹. Otros encuentros posteriores van más en la línea del análisis del problema de “*Privacy and computers*” como la reunión de juristas escandinavos que tuvo lugar en 1972 en Oslo, que terminó con su correspondiente informe³⁷². Finalmente, en este ámbito entra la Conferencia de Bellagio de 1984³⁷³.

4.7. Los desarrollos jurídicos en reconocimiento de la intimidad en la segunda mitad del siglo XX

A) La constitucionalización de la intimidad

a) Las Declaraciones internacionales de derechos

³⁷¹ INTERNATIONAL COMMISSIONS OF JURISTS, *Privacy and the Law. A Report by the British Section of the International Commission of Jurists* ([London], 1970).

³⁷² *Data Banks and Society* (Oslo, Universitetsforlaget, 1973).

³⁷³ Informe publicado en FLAHERTY, *Nineteen Eighty-Four and after*, op. cit..

Después de la Segunda Guerra Mundial, como decimos, la situación había cambiado tanto, que la intimidad comenzó inmediatamente a ser reconocida como un “*derecho humano*” en las más importantes Declaraciones internacionales de derechos. Se abrió así un movimiento imparable hacia un reconocimiento del derecho a la intimidad al máximo nivel. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 es el primer texto donde este reconocimiento se efectúa con claridad, al establecer que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada...*” (art. 12).

Posteriormente, el resto de los grandes textos internacionales de derechos humanos siguen la misma línea. El CPDH lo incluye en su art. 8, estableciendo que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”, precepto que reproduce casi literalmente el art. 7 CDFUE³⁷⁴. Andando los años, por cierto, como consecuencia de las nuevas corrientes interpretativas del derecho constitucional, este sencillo artículo del CPDH tendría un enorme recorrido, amparando bajo su ámbito un gran elenco de situaciones, potestades y derechos³⁷⁵.

³⁷⁴ No se trata de una reproducción completamente literal. El art. 8 del CPDH tiene dos apartados, y el primero, según el texto del BOE, núm. 243, de 10 de Octubre de 1979, donde se publicó el Instrumento de Ratificación del mismo por parte de España, tiene el siguiente tenor literal: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*” (subrayado nuestro). El segundo apartado del artículo establece que sólo podrá haber “*injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho*” cuando esté previsto en la ley y se dé alguna de las circunstancias que se relacionan. En cambio, el art. 7 de la CDFUE, bajo la rúbrica “*respeto de la vida privada y familiar*” (inexistente, por otro lado en el CPDH), reproduce sólo el primer apartado del art. 8 CPDH con una diferencia de matiz: “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*” (subrayado nuestro). Este texto figura sin alteración en la primera versión de la CDFUE, publicada en el DOCE de 18 de diciembre de 2000, C 364 y en la segunda, aprobada con el Tratado de Lisboa de 2007, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007, C 303 y nuevamente en DOUE de 30 de marzo de 2010, C 83. El mismo texto reproduce la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE, núm. 184, de 31 de julio 2008). El distinto matiz en los dos artículos no es un problema de traducción, ya que la misma diferencia se observa en las versiones inglesas, que dicen respectivamente, “*everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*” y “*everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications*” (subrayado nuestro). La comparación de los dos artículos daría para una reflexión sobre la evolución del constitucionalismo entre los años 1950 y 2000: no es solamente que la sustitución de “*correspondencia*” por “*comunicaciones*” refleje el enorme cambio tecnológico acaecido, sino que se es consciente ahora de que el derecho fundamental a la intimidad tiene una eficacia horizontal entre particulares, por lo que se ha eliminado toda referencia exclusiva a las injerencias de las autoridades públicas. Pero sobre todo, no ha parecido necesario explicitar las causas por las que se podrá admitir la restricción del derecho: la técnica de la ponderación, instrumento generalizado ya de los jueces europeos en la aplicación de los derechos fundamentales, permite modular la eficacia del derecho fundamental en función de las circunstancias concurrentes, sin necesidad de que ningún precepto concreto lo permita expresamente.

³⁷⁵ Arenas Carrillo ha sistematizado la jurisprudencia del TEDH sobre este artículo 8 en tres grupos de facultades o derechos, con un mismo fundamento, la garantía del libre desarrollo de la personalidad: el derecho a la defensa de la esfera privada, que comprende tanto el derecho al secreto de las comunicaciones,

También da reconocimiento a la intimidad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de Diciembre de 1966, que establecía en su art. 17, en dos apartados, que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación*”, y que “*toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”³⁷⁶.

Finalmente, otro artículo similar aparece en el art. 11, apartados 2 y 3, de Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, que tiene una redacción similar a la de los preceptos anteriores: “*nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación*” y “*toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”³⁷⁷.

b) *El hallazgo de la “privacy” como derecho constitucional en la jurisprudencia del SCOTUS*

En los Estados Unidos, hacia 1960 podemos entender el derecho a la intimidad en su vertiente de derecho de “*torts*” como prácticamente consolidado. En los años transcurridos desde 1890, cada vez más a menudo los tribunales tenían que decidir en cuestiones que tenían que ver con la intimidad, generando una masa de precedentes a menudo contradictorios. Además, muchos Estados habían aprobado, a través de sus órganos legislativos, leyes (“*Statutes*”) protectoras de la intimidad en un sentido o en otro. Un famosísimo comentario del juez federal Biggs, que hizo fortuna en la doctrina estadounidense, contenido en una sentencia dictada nada menos que en 1956 en el Tercer Circuito Federal de Apelaciones, afirmó expresivamente que el estado de la cuestión del derecho a la intimidad era como un almiar en medio de un huracán (“*haystack in a hurricane*”)³⁷⁸. Se imponía una racionalización y una sistematización, que vino por vía doctrinal. Fue el decano de

como la protección contra lesiones al honor o la reputación, incluyendo el prestigio profesional, el respeto al nombre propio y a los apellidos, e incluso la protección de datos personales; el derecho a la autodeterminación corporal, que consiste básicamente en el derecho a poder hacer lo que se quiera con el propio cuerpo; finalmente, el derecho al libre desarrollo del estilo de vida, con un buen número de distintas situaciones, desde elegir la forma de vestir, el tipo de peinado, o incluso la elección del médico. Cfr. ARENAS RAMIRO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, op. cit., p. 56-79.

³⁷⁶ Texto en el Instrumento de Ratificación por parte de España, en BOE, núm. 103, de 30 de abril de 1977.

³⁷⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, texto obtenido del sitio web oficial de la Organización de Estados Americanos [en línea].

³⁷⁸ Cfr., *Ettore v. Philco Television Broadcasting Co.*, 229 F. 2d. 481 (3d. Cir. 1956).

la Facultad de Derecho de Berkeley, Willian L. Prosser, a quien cabe atribuir tal logro, a través de un artículo publicado en 1960 y titulado precisamente *Privacy*³⁷⁹. Con este estudio, el derecho a la intimidad alcanzó su mayoría de edad definitiva. La influencia del artículo en el actual desarrollo del “*right to privacy*” estadounidense es casi comparable al de Warren y Brandeis. Y es que si éstos popularizaron el derecho a la intimidad entre los juristas norteamericanos, Prosser fue el “*arquitecto jurídico jefe*” de este derecho, sistematizándolo y dividiéndolo en elementos organizados, dándole un orden y consistencia del que antes carecía³⁸⁰. No es sorprendente, pues, que la distinción cuatripartita de Prosser fuera incluida en 1977 en el tomo correspondiente del Segundo *Restatement* del derecho de daños (*Restatements of the Law of Torts*), publicado por el *American Law Institute*³⁸¹, siguiendo a casi a la letra las definiciones de Prosser, y ha permanecido inalterada hasta hoy en la doctrina y la jurisprudencia civil norteamericana.

Pues bien, una vez consolidada la vertiente civil del derecho, el “*right to privacy*” dio el salto al derecho constitucional norteamericano a través de la jurisprudencia del SCOTUS. Los hitos fundamentales de esta evolución son una serie de sentencias dictadas entre 1965 y 1973.

En *Griswold v. Connecticut* (1965), el Tribunal declaró inconstitucional una ley que prohibía el uso de anticonceptivos entre parejas casadas³⁸². El fallo señaló que las garantías explícitas de la “*Bill of Rights*” tienen penumbras, entre las que se encuentran unas llamadas “*zonas de intimidad*” (“*zones of privacy*”), de las que se desprende un ámbito personal, íntimo y reservado, reservado al individuo, que es quien debe decidir, y nadie más que él, ciertos aspectos esenciales de su vida, como si debe usar o no anticonceptivos. Se han señalado algunos precedentes de esta primera resolución: *Meyer v. Nebraska* (1923)³⁸³ o *Pierce v. Society of Sisters* (1925)³⁸⁴, en las que se anularon leyes estatales que obligaban a enseñar en inglés, dando prevalencia al derecho de los padres a determinar la enseñanza religiosa de

³⁷⁹ PROSSER, «Privacy», *op. cit.*

³⁸⁰ RICHARDS, N.; SOLOVE, D. «Prosser's Privacy Law» *California Law Review* (December 2010), Volume 98, Issue 6, 1887-1924, p. 1888.

³⁸¹ *Restatement of the Law, Second, “torts” 2d., Vol. 3* (St. Paul, Minn, American Law Institute Publishers, 1977). La obra completa son cuatro volúmenes, de los que el primero se publicó en 1965 y el último en 1979. El tomo tercero, que entre otras cuestiones contiene la materia relativa a los daños causados por intromisión en la intimidad, se publicó en 1977. La parte relativa a la intimidad está en *Vol. 3*, §§ 652A-E.

³⁸² 381 U.S. 479 (1965).

³⁸³ 262 U.S. 390 (1923).

³⁸⁴ 268 U.S. 410 (1925).

sus hijos³⁸⁵ o *Skinner v. Oklahoma* (1942)³⁸⁶ que anula una ley que obligaba a la esterilización de algunos criminales. Pero en ninguna de estas resoluciones anteriores se menciona la palabra “*privacy*”³⁸⁷. La novedad de *Griswold* estriba en que se reconoce un derecho de la persona a tomar decisiones fundamentales bajo el paraguas de una “*privacy*”, que no tiene reconocimiento expreso en el texto constitucional ni en sus Enmiendas. En *Eisenstadt v. Baird*, extendió a las personas solteras el derecho a utilizar medios anticonceptivos³⁸⁸.

En *Katz v. United States* (1967)³⁸⁹ la perspectiva del voto particular de BRANDEIS en *Olmsted v. United States* se hizo mayoritaria: cuarenta años después de aquel fallo, los jueces consideraron violada la Cuarta Enmienda por colocar un dispositivo para grabar conversaciones telefónicas, sin que fuera afectada físicamente la propiedad de la persona vigilada. En el fallo se dice que la Cuarta Enmienda protege personas, no lugares, y que si la persona quiere mantener un ámbito como privado³⁹⁰, éste tiene que ser respetado incluso contra ataques realizados desde una vía pública. Esta sentencia establece un “*test*” que ha pasado a ser parte integrante del derecho constitucional americano: se viola la Constitución cuando no se respetan las expectativas razonables de intimidad del individuo (“*reasonable expectations of privacy*”).

En *Roe v. Wade* (1973), que Gormley califica acertadamente como la más sobresaliente y notoria decisión individual del Tribunal Supremo en el siglo XX³⁹¹, se declaró inconstitucional la penalización de ciertos supuestos de aborto, con el argumento de que en caso contrario se vulneraría el derecho a la intimidad de la madre, que incluye la facultad de decidir si se termina anticipadamente o no el embarazo. El tribunal reconoce que la Constitución no menciona explícitamente ningún derecho a la intimidad, pero eso no le impide considerar que este derecho aparece en una serie de decisiones anteriores de la propia sala. Como señala el propio tribunal en “*Roe v. Wade*”, este conjunto de decisiones que defienden la

³⁸⁵ Sin embargo, en “*Prince v. Massachusetts*”, 321 U.S. 158 (1944), el Tribunal no consideró que debiera prevalecer el derecho de los padres a determinar la educación religiosa de sus hijos y la propia libertad de estos a practicar una religión (Primera Enmienda) sobre las legislaciones estatales que prohibían la venta callejera de revistas a cargo de niños.

³⁸⁶ 316 U.S. 535 (1942).

³⁸⁷ Cfr. GREGORIO, «Protección de datos personales», en CONCHA CANTÚ, H.; LÓPEZ-AYLLÓN, S.; TACHER EPELSTEIN, L., *Transparentar al Estado: La experiencia mexicana de acceso a la información*, (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), 295-325, p. 304.

³⁸⁸ 405 U.S. 438 (1972).

³⁸⁹ 389 U.S. 347 (1967).

³⁹⁰ “What [a person] seeks to preserve as private, even in an area accessible to the public, may be constitutionally protected....”. Vid. GORMLEY, «One hundred years of privacy», *op. cit.*, p. 1366-1368.

³⁹¹ 410 U.S. 113 (1973), GORMLEY, «One hundred years of privacy», *op. cit.*, p. 1392.

existencia de un “*right to privacy*” se han basado en las Enmiendas Primera (libertad de religión, expresión y prensa), Cuarta (prohibición de registros injustificados), Quinta (derecho a no declarar contra sí mismo), Novena (cláusula supletoria de existencia de los derechos no reconocidos expresamente) o Decimocuarta (derecho al proceso debido y a la igual protección de las leyes), además de esas inconcretas “*penumbras*” de la “*Bill of Rights*” de que hablaba *Griswold*.

Este conjunto de resoluciones han dado lugar a un cuerpo de *Case Law* que Alderman y Kennedy han llamado “*intimidad y tú mismo*” (“*your self*”). Bajo él parecen los casos relativos a anticoncepción y el aborto (de las que ya hemos mencionado las sentencias dictadas por el SCOTUS), las decisiones relativas al derecho a disponer de embriones congelados³⁹², situaciones en las que se ha ordenado una cesárea de urgencia a una mujer embarazada gravemente enferma que estaba inconsciente y en estado terminal, con la complicación de que, además, la viabilidad del feto fuera del útero era dudosa³⁹³, casos relativos a la anticoncepción forzada³⁹⁴, los casos relativos a un presunto “*derecho a morir*”³⁹⁵, o el derecho a poseer pornografía en el domicilio³⁹⁶. En *Bowers v. Hardwick*

³⁹² En *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 558, Tenn. 1992., sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Tennessee, se otorgó al marido y padre, ya divorciado de la madre, la capacidad de decisión sobre el destino de unos embriones o pre-embiones creados *in vitro*, en caso rodeado de circunstancias muy especiales, valorando que cuando el acto de la concepción se realiza fuera del cuerpo de la mujer y cuando los embriones se encontraban “*almacenados*” fuera de él, el posible derecho a la intimidad de la mujer, en el sentido de derecho de disposición sobre su propio cuerpo, ya no tiene razón de ser.

³⁹³ Decisión de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia en *In re A.C.*, 573 A.2d 1235, (1990 D.C.App.)³⁹³. En esta resolución, después de constatar que todo paciente, aún en estado terminal, tiene un derecho a la integridad corporal y por tanto a autorizar las intervenciones sobre su cuerpo, se afirma que este derecho prevalece sobre la vida de un feto, aunque el estado pueda un interés en salvaguardarla. Finalmente indica que la decisión cautelar del juez que autorizó la cesárea no fue correcta por no haberse tomado a través de un procedimiento debido.

³⁹⁴ En estos casos entran en conflicto un derecho a la procreación, como manifestación del derecho a la intimidad, el derecho a llevar un determinado estilo de vida y la vida de un feto. Así, se citan varios casos en los diversos tribunales estatales, donde se concluyó que no se podía perseguir penalmente a mujeres por consumir drogas durante el embarazo, aunque esta conducta fuera deplorable, u obligarlas a participar en programas de desintoxicación con la condición de no tener más hijos. *Cfr.* ALDERMAN, E; KENNEDY, C., *The Right to Privacy* (New York, Vintage Books, 1997), p. 127-136, 121-126.

³⁹⁵ En *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990) el SCOTUS, en una decisión muy ajustada de 5 votos contra 4, respaldó la constitucionalidad de una ley estatal de Missouri que exigía, para poder acabar con la vida de una persona en estado terminal irreversible, que el paciente hubiera manifestado una clara e indubitada voluntad de ser desconectado de las máquinas que le mantenían con vida. En *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), el SCOTUS resolvió sobre la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que criminalizaba el suicidio asistido. Los tribunales federales habían declarado en primer lugar la constitucionalidad de dicha ley, decisión que revocó la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito federal. Sin embargo, el tribunal, esta vez en una decisión unánime, confirmó que la primera decisión era correcta, ya que no existe un “*derecho a morir*” protegido constitucionalmente. En *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) negó que una prohibición estatal del suicidio asistido contuviera una violación de la Decimocuarta Enmienda.

³⁹⁶ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

(1986), negó un derecho fundamental a las relaciones homosexuales, ya que para darle la categoría de derecho fundamental debe tratarse de un derecho profundamente enraizado en la historia de la nación e implícito en el concepto de libertad dentro de un orden³⁹⁷, pero en *Lawrence v. Texas* (2003), anuló una ley que criminalizaba las relaciones homosexuales³⁹⁸. No es de extrañar, pues, que la reciente sentencia del SCOTUS que declara la inconstitucionalidad de varias disposiciones de Constituciones estatales que definían matrimonio como la unión entre personas de distinto sexo se haya apoyado, entre otras muchas cosas, en el reconocimiento de un derecho a la “*privacy*”. Con todo, parece que el punto álgido de la intimidad como valor constitucional al alza ha pasado, ya que éste no ha sido, ni mucho menos, el tema clave de la sentencia, y de hecho, hay una muy ligera referencia al él en la opinión mayoritaria y las “*dissenting opinions*”³⁹⁹.

Es importante señalar que el SCOTUS no ha admitido que el “*right to privacy*” comprenda unas facultades similares a las de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa. En *Whalen v. Roe* (1977)⁴⁰⁰, el tribunal declaró unánimemente que el derecho constitucional a la intimidad tiene dos manifestaciones diferentes: una es la facultad de tomar decisiones fundamentales en el ámbito personal o familiar, y la otra es que la cubre el interés en impedir la difusión de ciertas cuestiones personales. Y que, no obstante, sobre este última versión del derecho constitucional puede prevalecer un interés estatal relevante, como por ejemplo, el de controlar la prescripción, entrega y uso de ciertas drogas usadas con propósitos médicos. Por ello, en esta decisión, la corte declaró constitucional una ley del Estado de Nueva York que establecía que todos los detalles personales de aquellos a quienes se prescribían ciertas drogas por los servicios sanitarios serían registrados en una base de datos informática centralizada, eso sí, respetando ciertas cautelas y medidas de seguridad. Este es el máximo a donde ha llegado la jurisprudencia norteamericana en relación con la protección de datos, esto es, a reconocer que la ausencia de adecuadas garantías al tratamiento de la información puede afectar la intimidad. Hay pues, un gran contraste con los paralelos desarrollos de los tribunales constitucionales europeos⁴⁰¹.

³⁹⁷ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Este caso lo cita el juez federal que decidió en la primera instancia, *vid.* ALDERMAN; KENNEDY, *The Right to Privacy*, *op. cit.*, p. 135, pero no en cambio el SCOTUS en la decisión que estamos comentando, que se apoya para esto en otros casos.

³⁹⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

³⁹⁹ *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, de octubre de 2015, todavía sin incorporar al US. La decisión también fue dividida, de 5 contra 4 votos.

⁴⁰⁰ *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977).

⁴⁰¹ Por ejemplo, en *Doe v. City of NewYork*, 15 F.3d 264, (2d. Cir. 1994), del Segundo Circuito de Apelaciones federal, tribunal reconoce que el estado de salud de una persona es un asunto absolutamente

c) *El art. 2.1 GG y la jurisprudencia de los tribunales alemanes*

A partir de la década de 1950 la situación alemana en relación con los derechos de la personalidad cambia radicalmente como consecuencia de la jurisprudencia del *BGH* y del *BVerfG* sobre los arts. 1 y 2 de la GG. Estos tribunales han venido entendiendo que el artículo 2.1, al establecer que “*toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*” contiene un reconocimiento del derecho general a la personalidad (“*allgemeine Persönlichkeitsrecht*”). La jurisprudencia interpreta que el art. 2.1 GG está vinculado a su vez al art. 1.1 GG, que afirma que la “*la dignidad humana es intangible*” (“*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”)⁴⁰². La combinación de estos dos valores –dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad en una sociedad democrática– está en la base del planteamiento del planteamiento de que “*derecho general a la personalidad*” es el núcleo del orden de valores del sistema constitucional alemán.

Dos sentencias fueron claves en el comienzo de esta línea jurisprudencial⁴⁰³. En una primera, de 25 de mayo de 1954 (“*caso del abogado del Dr. Schacht*”), el *BGH* apoyó, de acuerdo a la decisión de un tribunal inferior, la obligación de un periódico de insertar una rectificación solicitada por una persona, que se sentía herida en su personalidad al haber sido asociada injustamente por dicho periódico a las ideas políticas del nazismo⁴⁰⁴. La sentencia se apoyaba un derecho general a la personalidad del 1 art. 823 BGB, que ahora consideraba ser un derecho constitucionalmente protegido, al derivar de la protección de la dignidad personal de los arts. 1 y 2 GG. La otra fue la famosa sentencia del *BVerfG* de 15 de enero de 1958 (caso *Lüth*) que revocó una sentencia del *Landgericht* de Hamburgo que condenaba a un periodista a abstenerse de criticar y solicitar el boicot a una película producida por un director con fuertes vínculos con el nazismo. Esta sentencia estableció que las leyes civiles, en este caso el BGB, deben ser interpretadas de conformidad con los superiores valores constitucionales, que reconocen la libertad de expresión. De hecho, esta sentencia suele considerarse el comienzo de la jurisprudencia del *BVerfG* que reconoce el efecto directo de los

personal sobre el que sólo ella tiene derecho a decidir si puede ser revelado a terceros, debiendo, como parte del derecho a la intimidad, mantener el control sobre ello en todo momento. Pero al mismo tiempo, también declara que los organismos públicos pueden tener un interés o necesidad de difundir a la prensa ese tipo de información a la que se refiere la demanda, ya que el público tiene también derecho a conocerla.

⁴⁰² En el ámbito específico de la protección de datos, y en relación con la “*Volkszählungsurteil*”, vid. ROUVROY, A.; POULLET, Y. «The right to informational self-determination and the value of self-development», en GUTWIRTH; POULLET; DE HERT; DE TERWANGNE; NOUWT, *Reinventing Data Protection?*, op. cit., 45-76, p. 58-59.

⁴⁰³ Ambas citadas, por ejemplo, en SIMITIS «Privacy - An Endless Debate?», op. cit., p. 1991-1992.

⁴⁰⁴ *BGHZ*, 13, 334.

derechos fundamentales (“*drittwirkung*”), la dimensión objetiva de los derechos fundamentales como sistema de valores vinculante y el poder de irradiación (“*Ausstrahlungswirkung*”) de los mismos sobre el conjunto del ordenamiento. En efecto esta sentencia afirma la GG no pretende ser un ordenamiento de valores neutral, sino que en su apartado de derechos fundamentales ha establecido un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad, que forman el núcleo de este sistema de valores⁴⁰⁵.

Según Larenz, ambas sentencias se explican por la regulación escasa e incompleta en sede de derecho civil y por la reacción contra la barbarie que supuso el tiempo del nacionalsocialismo⁴⁰⁶. Pero el caso es que se ha producido por esta vía una constitucionalización de los derechos de la personalidad. Un manual actual en materia de derechos de la personalidad, por ejemplo, distingue entre la dimensión constitucional del derecho a la personalidad (“*die verfassungsrechtlichen Dimensionen des Persönlichkeitsrechts*”), y otros ámbitos de protección como el civil, el penal o de la propiedad intelectual⁴⁰⁷. Se comprenden fácilmente las razones por las cuales, en el ámbito civil, los jueces ya no constreñidos por la rígida interpretación del § 823 BGB, como antes de la Guerra. Desde luego, la tutela constitucional del derecho general a la personalidad es un tema clave del actual sistema jurídico de Alemania. En palabras de Ernst Benda, se trata de “*la cuestión constitucional esencial de nuestro tiempo*”⁴⁰⁸.

Por supuesto, la protección de la intimidad (“*Privatsphäre*”) es una emanación de este derecho general a la personalidad, como lo es la protección de datos⁴⁰⁹. En este sentido, como comentó Denninger, citando a Simitis, la famosa sentencia del BVerfG de 15 de diciembre de 1983 (“*Volkszählungsurteil*”) no supuso “*el nacimiento de un nuevo derecho fundamental, y especialmente no lo es de un derecho fundamental a la protección de datos*”. De hecho, según este autor, “*la sentencia completa la jurisprudencia específica de los Tribunales sobre el derecho general a la personalidad*”⁴¹⁰.

d) La aparición del derecho a la intimidad en textos constitucionales

⁴⁰⁵ BVerfGE, 7, 198.

⁴⁰⁶ LARENZ, K. «El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana» *Revista de Derecho Privado* (Julio-Agosto 1963), Vol. 47, Num. 7, p. 639-645.

⁴⁰⁷ GÖTTING, SCHERTZ, SEITZ, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, op. cit.

⁴⁰⁸ Citado en HESSE, K., *Derecho constitucional y derecho privado* (Madrid, Civitas, 1995), p. 83.

⁴⁰⁹ BVerfGE 65, 1, cit.

⁴¹⁰ DENNINGER «El derecho a la autodeterminación informativa», op. cit., 268-276, p. 271.

La constitucionalización del derecho a la intimidad por la vía de incluir un precepto expreso al respecto en los textos constitucionales es un fenómeno en general más tardío, propio ya del final de los años 70 y las décadas posteriores. No obstante, hay que hacer una mención, aunque sea breve, a la cuestión durante los años 60.

Tradicionalmente se ha considerado que las primeras Constituciones en las que se recoge una protección constitucional de la intimidad son el art. 33 de la Constitución portuguesa de 1976⁴¹¹ y el art. 18.1 de la CE. Pero Novoa Monreal cita otros ejemplos anteriores de constitucionalización del derecho a la intimidad: las Constituciones de Venezuela de 1961 (art. 59), Turquía de 1961 (art. 15), Bolivia de 1967 (art. 20), Ecuador de 1967 (art. 28), Egipto de 1971 (art. 45) y la URSS de 1977 (art. 56)⁴¹².

Habría que mencionar, además, la reforma de la Constitución de California de 1972, que añadió la “*privacy*” como uno más de los derechos inalienables que protege la Constitución del Estado, lo que ha tenido notable influencia no sólo sobre la jurisprudencia de los tribunales estatales, sino también en la actividad legislativa y de todos los operadores jurídicos, de forma que se considera a California, no sin razón, como un estado especialmente proclive a la intimidad⁴¹³.

B) El reconocimiento legislativo en algunos países

Conforme a la tendencia del momento, por todos los países del mundo aparecen un gran número de leyes que van restringiendo la difusión de información personal o reforzando las garantías de confidencialidad sobre la misma. Estas normas tienen la mayoría de los ámbitos que hemos visto en este estudio: regulación de la prensa, secretos profesionales, represión penal de la vulneración secreto, exención del deber de declarar como testigos en diversas circunstancias, secreto tributario, el secreto de los datos de la seguridad social, la protección en vía civil contra las intromisiones en la intimidad personal, etc. En buena parte, estas nuevas leyes tienden a proteger, muchas veces de forma expresa, la intimidad personal y

⁴¹¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* [Constitución de la República Portuguesa], DAC, 3 de abril de 1976, 132, p. 4383-4421), art. 33.

⁴¹² Sobre esta última puede verse, LEVITSKY, *Copyright, Defamation, and Privacy in Soviet Civil Law*, op. cit., Parte 2. El hecho de que la Constitución soviética incluyera un derecho a la intimidad es indicativo de la enorme importancia que este tema tenía en los años 60 y 70.

⁴¹³ La reforma fue aprobada por referéndum en noviembre 1972. Después de ella, el art. 1 quedaba así: “*All people are by nature free and independent and have inalienable rights. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety, happiness, and privacy*” (subrayado nuestro). Este artículo ha tenido una gran importancia en multitud de desarrollos jurídicos, incluyendo los relativos a protección de datos; cfr. KELSO, J.C. «California's Constitutional Right to Privacy» *Pepperdine Law Review* (1992), Vol. 19, Issue 2, p. 327-484.

familiar, aunque también hay excepciones. Por ejemplo, el secreto estadístico, que se generaliza después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido generalmente considerado por los propios estadísticos profesionales como un instrumento tendente a maximizar la eficacia de su propio trabajo, aunque ciertamente, con él también se protege la intimidad personal y familiar. Pueden citarse a este respecto la ley francesa, española o alemana.

Sería casi imposible un recuento exacto de todas estas normas relacionadas en mayor o menor medida con la intimidad, que nos llevaría mucho más allá de los límites de este trabajo⁴¹⁴. Se trata, en cualquier caso, de normas parciales o sectoriales, que se refieren a un aspecto específico relacionado con la intimidad, sin buscar una aproximación general al problema.

Nos interesa, de todas formas, referirnos a los desarrollos legislativos de ámbito más general y de nuestro entorno inmediato. En Francia, dada la necesidad de mantener inalterada la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que continúa siendo la declaración de derechos del régimen constitucional vigente, se optó por reformar en 1970 otro texto jurídico casi sagrado para los franceses, el Código de Napoleón. Una ley de 1970 modificó su art. 9 al objeto de expresar que toda persona tendrá derecho al respeto de su vida privada⁴¹⁵ (*“Chacun a droit au respect de sa vie privée”*). A partir de la modificación, el art.9 del *Code Civil* quedaba redactado así: *“Todos tienen derecho al respeto de su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, disponer todas las medidas, como secuestro, incautación y otras, apropiadas para impedir o hacer cesar un atentado contra la intimidad de la vida privada; estas medidas pueden ser ordenadas, si se requieren con urgencia «en référé» (procedimiento rápido de orden precautorio)”*⁴¹⁶. Se establecía, pues, tanto una norma de derecho material “cuasiconstitucional”, estableciendo en términos generales y universales un derecho a la vida privada (*“vie privée”*), y para dar efectividad al mismo, una norma procesal de protección urgente y rápida. Según De Miguel Castaño, esta modificación legislativa se hizo a sugerencia de la Corte de Casación, que la había formulado en su jurisprudencia de los años 1967-1969⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Unos intentos parciales de interés se encuentran en NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, op. cit., p. 115-130 y en FARIÑAS MATONI, L. M^a. *El derecho a la intimidad*, (Madrid, Trivium, 1983), p. 240-286.

⁴¹⁵ FRANCIA. Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens [Ley N° 70-643 de 17 de julio de 1970 dirigida a reforzar la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos]. *JORF*, 19 juillet 1970, p. 6751-6761; el art. que reforma el Código Civil es el 22.

⁴¹⁶ Usamos la traducción de NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, op. cit., p. 119, que ha preferido dejar el término legal “en référé” sin traducir.

⁴¹⁷ DE MIGUEL CASTAÑO, *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad*, op. cit., p. 84.

Por su parte, en España, la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta de 1966, en su artículo 2, afirmaba que uno de los límites a la libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones era la “*salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar*”⁴¹⁸. Este inciso distinguía claramente entre intimidad y honor como dos bienes jurídicos diferentes. Pero la misma distinción se encuentra generalmente en toda la doctrina preconstitucional⁴¹⁹. Sin embargo, la protección de la intimidad de la Ley de Prensa de 1966 pasó prácticamente inadvertida⁴²⁰. Llama la atención, de todas formas, el retraso del derecho español en el desarrollo jurídico del derecho a la intimidad. Según O’Callaghan Muñoz, en derecho español “*no hay un solo precedente jurisprudencial anterior a la Constitución*”, que proclama la protección de la intimidad sin definirla. Sí que hay al menos una STS de la Sala penal, de 8 de marzo de 1974, que en el contexto del análisis del delito de revelación de secretos, define la intimidad como “*el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre*” y afirma que es “*según la terminología que se prefiera, un derecho de la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano*”. Pero toda la problemática jurídica relativa a la intimidad ha sido virtualmente desconocida en nuestro país hasta los años 80⁴²¹.

C) La transformación del concepto de intimidad

En 1967, Alan Westin publicó una obra fundamental, titulada *Privacy and Freedom*, en pleno momento álgido de la preocupación por la intimidad en los Estados Unidos, y que pronto se convirtió en un clásico en el que se han inspirado multitud de autores posteriores. Esta obra contiene una importante definición de intimidad (“*privacy*”), según la cual, “*es la pretensión de individuos, grupos o instituciones de determinar por ellos mismos cuándo, cómo y en qué medida la información que les concierne puede ser comunicada a terceros*”⁴²².

⁴¹⁸ BOE núm. 67, de 19 de marzo de 1966, páginas 3310 a 3315.

⁴¹⁹ Por ejemplo, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, op. cit., p. 206-208, que distingue, de un lado “*honor y la fama*”, y de otro “*intimidad personal y la imagen*”, aclarando que “*la imagen no es, en definitiva, sino un aspecto más de la intimidad, por lo que está someida en buena dosis a su misma problemática*”.

⁴²⁰ De la lectura de la obra de CRESPO DE LARA, P., *El artículo Dos* (Madrid, Prensa Española, 1975) se desprende que el inciso de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 al que nos estamos refiriendo no dio lugar a prácticamente ninguna actividad judicial.

⁴²¹ Cit. por OLLERO TASSARA, A., *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales*. (Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008), en p. 33, nota 44, en un artículo dedicado a la jurisprudencia civil sobre protección del honor, intimidad y propia imagen.

⁴²² WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 7: “*the claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others*”.

Esta definición ha sido inmensamente influyente dentro y fuera de los Estados Unidos. Louis Lusky, pocos años después de ella, constata la existencia de lo que llama una escuela de discípulos, productora de un miríada de meticulosos estudios, que al igual que la escolástica medieval se centraba en el comentario de las enseñanzas de Aristóteles, está anclada firmemente en la fuente westiniana como si se tratara de un texto sagrado revelado⁴²³. Entre estos discípulos, uno de los más importantes es Arthur R. Miller, autor a su vez de otra definición de intimidad, en términos similares: la intimidad (“*privacy*”) es “*la capacidad del individuo de controlar la circulación de información relativa a sí mismo*”⁴²⁴. Otros autores que proponen, por las mismas fechas, definiciones similares son Fried, en 1968, que define simplemente la intimidad como “*el control que tenemos acerca de la información sobre nosotros mismos*”⁴²⁵, Parker, en 1974, para quien la intimidad es el control sobre quienes nos perciben⁴²⁶, Altman, en 1975, que afirma que la intimidad es “*un proceso de control de barreras interpersonales que marca el ritmo y regula la interacción con otros*”⁴²⁷, o Gerety, en 1977, define intimidad como “*la autonomía o control sobre los aspectos más íntimos de la identidad personal*”⁴²⁸.

La definición que venimos comentando es, en principio, informacional. Según ella, el objeto de la intimidad es exclusivamente la información sobre personas, dejando aquí de lado la llamativa indicación de que también grupos o instituciones tienen un derecho a la intimidad, y no otras cuestiones que han aparecido en otras definiciones que venimos viendo, como el acceso físico, el retiro o la soledad. Por tanto, puede ser tomada como base para un análisis de lo que se conoce como “*intimidad informativa*”.

⁴²³ LUSKY, L. «Invasion of Privacy» *Columbia Law Review* (1972), Vol. 72, 694-710, p. 695.

⁴²⁴ MILLER, A., *The Assault on Privacy* (Ann Arbor, Mi., University of Michigan Press, 1971), p. 25: “*the individual’s ability to control the circulation of information relating to him*”.

⁴²⁵ FRIED, C. «Privacy» *Yale Law Journal* (1968), Nº 77, 475-493, reproducido en SCHOEMAN, F.D. (ed.), *Philosophical dimensions of privacy: an antology* (Cambridge, Cambridge University Press, 1984), 203-222, p. 209: “*Privacy is not simply an absence of information about us in the minds of others; rather it is the control we have over information about ourselves*”.

⁴²⁶ PARKER, R. B. «A definition of Privacy» *Rutgers Law Review* (1973-1974), Vol. 27, p. 275-296, p. 280-281: “*privacy as control over who senses us*”.

⁴²⁷ ALTMAN, I., *The Environment and Social Behavior* (Monterey, California, Brooks/Cole Publishing Company, 1975).p. 10. “*Privacy is an interpersonal boundary control process, which paces and regulates interaction with others*”.

⁴²⁸ GERETY, T. «Redefining Privacy» *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (Spring 1977), Vol. 12, Issue 2, 233-296, p. 236: “*privacy will be defined here as an autonomy or control over the intimacies of personal identity*”; en p. 242, recuerda la frase de STEPHEN, ya citada: “*conduct which can be described as indecent is always in one way or another a violation of privacy*”.

Dicho lo anterior, hay que indicar que el concepto de “*privacy*” de Westin fue, en su tiempo, revolucionario, porque hizo un enfoque de la cuestión completamente nuevo. En efecto, según Lusky, esta definición tenía dos defectos, uno “*venial*” y otro casi “*mortal*”. El primero es que, al contener un “*toque hiperbólico*”, obliga a recurrir al sentido común y a la razón para limitar, en el análisis y solución de los problemas prácticos, los efectos que tendría su toma en consideración sin matices. Ninguna sociedad puede admitir un concepto de intimidad en el que *toda* la información que el estado u otros miembros de la sociedad puedan tener sobre un concreto sujeto, tenga que ser determinada por éste último en exclusiva y de forma unilateral. Pero el defecto más grave que Lusky encuentra en la definición westiniana es que lleva a la confusión a través de una super-simplificación. Según afirma, mezcla en un solo concepto dos tipos diferentes de difusión de información, que requieren métodos diferentes de control. El primer tipo es cuando se lleva al conocimiento público hechos o situaciones rigurosamente exactas y conformes plenamente con la realidad, pero cuya difusión produce un sufrimiento a las personas a las que afecta, porque las saca del anonimato o afectan a aspectos más profundos de su personalidad. El segundo tipo es cuando un deudor decide no pagar una deuda por considerar que tiene una razón justificada para no hacerlo, por ejemplo por considerar defectuosa la prestación recibida de su contraparte, y esta información negativa es incluida en un fichero de solvencia, dificultando o impidiendo en lo sucesivo la concesión de crédito al afectado. En el primer caso, el problema no es la falta de exactitud de la información, sino justamente todo lo contrario: cuanto más exacta es la información que se difunde, más dañina es esta difusión; en el segundo caso, en cambio, el problema es la falta de completitud de la información, que lleva a que vista en conjunto y a efectos prácticos, pueda entenderse que es sustancialmente incorrecta, con el añadido de la ausencia de mecanismos efectivos que permitan completarla y corregirla. Según Lusky, el mayor problema que trae consigo la escuela de pensamiento de Westin y sus seguidores es que no ofrece una base conceptual útil para distinguir entre uno y otro tipo de casos⁴²⁹.

Lo cierto es que, desde Westin, se ha implantado un paradigma conceptual acerca de lo que es la intimidad, según el cual toda la información sobre una persona es prácticamente igual, y no se da importancia a la diferencia entre una afirmación excesivamente verdadera y otra demasiado poco verdadera⁴³⁰. De hecho, entre los peligros de los ordenadores que habitualmente se citan están recogidos indistintamente los casos en que se a través de la tecnología informática se puede elaborar un perfil exacto de muchos aspectos relativos a la parte más íntima de la

⁴²⁹ LUSKY, «Invasion of Privacy», *op. cit.*, p. 695-697.

⁴³⁰ LUSKY, «Invasion of Privacy», *op. cit.*, p. 699.

vida de una persona, y que este perfil pueda ser accesible a muchas personas fácilmente, y también aquellos casos en que la falta de completitud, exactitud contextual o utilización particular de los datos llevan a construir una imagen equivocada de la persona. En la doctrina española, Ollero ha percibido sagazmente estos mismos cambios producidos en el concepto tradicional de intimidad por las nuevas tendencias relacionadas con la eclosión de la informática en la vida moderna⁴³¹. Además, como Lusky asimismo resalta, la definición de Westin también difiere de la de Warren y Brandeis en que se considera un atentado potencial a la intimidad no sólo la difusión de información, sino también el mero uso de esa información⁴³². Antes de Westin, la mayoría de autores todavía consideraban probablemente, a la vista de los “*torts*” de la difusión de hechos privados (“*disclosure of private facts*”) y de la colocación bajo una luz falsa ante el ojo público (“*false light*”), que para que se produzca la lesión a la intimidad tiene que haber divulgación pública de información. La situación no era exclusiva del derecho norteamericano. Urabayen nos cuenta que alrededor de los años 50, varios alcaldes franceses dictaron ordenanzas prohibiendo tomar fotografías a transeúntes en la vía pública con la finalidad de ofrecérselas a los fotografiados, por si quisieran adquirirlas. Dichas ordenanzas fueron anuladas por el Consejo de Estado, en el mismo sentido expresado en un dictamen del Decano de la Facultad de Derecho de Poitiers, Jean Carbonnier, que opinaba que los derechos de la personalidad no confieren garantías incondicionadas y que para la aplicación de las normas del Código Civil, será necesario probar un perjuicio, aunque fuera moral. Este enfoque, claramente “*pre-protección de datos*”, hoy en cambio no sería posible⁴³³. Por eso, Lusky comentaba que sería conveniente crear un nuevo “*tort*” consistente en el mero acopio de información

Con la aportación de Westin tenemos ya en la base conceptual en que sustentar la la protección de datos, o al menos, de la parte fundamental de ella. Es asimismo esencial para el objeto de este estudio que la concepción de Westin lleva necesariamente al uso de la técnica jurídica del “*balancing*” [balance], es decir, de la ponderación de intereses en conflicto, como él mismo se encarga de indicar

⁴³¹ OLLERO TASSARA, *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales*, op. cit., p. 139: “se ha ido produciendo pues una significativa modificación. Antes eran los poderes públicos los encargados de constatar los límites de la intimidad, aunque hubieran para ello de remitirse a unas pautas culturales que les venían marcadas por el entorno social, al establecer que deberían o no considerar sensible. Ahora la intimidad parece cobrar el alcance que su titular decida, al margen de toda pauta”, al hilo del comentario a la STC 144/199.

⁴³² LUSKY, «Invasion of Privacy», op. cit., p. 693 y 709. En este último pasaje el propio Lusky reconoce que podría llegar ser necesario crear una categoría adicional de intimidad para cubrir aquellos casos que no consisten en la transmisión de información a terceras personas, probablemente por el impacto, que admite, de las nuevas tecnologías informáticas en la reducción del ámbito de la intimidad personal.

⁴³³ URABAYEN, *Vida privada e información*, op. cit., p. 167-173.

expresamente en la parte final de su obra. Como señala Lusky, el tipo de ponderación al que se refiere Westin no es la que llevan a cabo los órganos legislativos, sino los judiciales, cuya función debería ser más bien la de interpretar y aplicar las leyes aprobadas por aquellos. El acelerado desarrollo de las nuevas tecnologías con capacidad para vulnerar la intimidad conduce quizá indefectiblemente a que la ponderación la deban realizar órganos técnicos especializados o los propios tribunales, porque los legislativos no son capaces de aprobar leyes adecuadas a la realidad social con la suficiente rapidez. Pero más que eso, es el propio concepto de “*privacy*” el que nos lleva a ello, porque si el individuo debe poder decidir libremente quien, cómo y cuándo puede conocer ciertos hechos sobre él mismo, el conflicto está servido permanentemente, y esto hace inevitable la constante intervención de los tribunales para dirimirlo. Pero al partirse de un concepto unitario de intimidad, en los términos que hemos visto, y no aportarse criterio alguno para poder decidir en este conflicto de intereses, la situación parece deslizarse fatalmente hacia la arbitrariedad y el “*gobierno de los hombres*” (“*government of men*”) que los padres fundadores de los Estados Unidos tanto trataron de evitar. Este estado de cosas no es, por cierto, exclusivo de las materias relativas a la intimidad, sino que ocurre también en relación con otras libertades básicas, como la libertad de prensa, de expresión e ideológica o de asociación⁴³⁴.

Ciertamente, la lectura de la obra de Westin produce la impresión de que, para este autor, la intimidad es, por así decir, una especie necesidad natural, pues se encuentra, en mayor o medida, en las sociedades primitivas, en la antigüedad clásica y en las sociedades actuales. Incluso percibe trazas de su existencia en el comportamiento de algunos animales. Esta necesidad natural se contrapone a otra, que es la vida en sociedad. Ambas –intimidad y vida social– están en perpetua contraposición, prevaleciendo una u otra en función de las circunstancias, los intereses en juego o las ideologías dominantes. Pero Westin no sugiere que el derecho deba aportar ningún criterio orientativo, únicamente que se trata de una decisión del individuo. Sin embargo, lo cierto es que todo este planteamiento lleva a dar una clara preeminencia a la dimensión de la intimidad relativa a la autonomía, más que a la de la dignidad personal.

Es difícil saber si la obra de Westin influyó en los jueces que dictaron la *Volkszählungsurteil*, o si, más probablemente, ellos llegaron a la misma conclusión de forma independiente. Pero su sentencia contiene una definición muy similar a la

⁴³⁴ LUSKY, «Invasion of Privacy», *op. cit.*, p. 700-704. El autor recuerda en estas páginas la enérgica oposición del juez del SCOTUS Hugo L. Black contra el “*balancing*”, que según él elimina la seguridad jurídica, y a la postre, el propio derecho, para poner las decisiones en las arenas movedizas de la opinión de los miembros de un tribunal.

westiniana “la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites proceder revelar situaciones referentes a la propia vida” ⁴³⁵, que ellos refieren a lo que llaman “derecho a la autodeterminación informativa” (“*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”). De este modo, intimidad informativa, en el sentido de Westin y derecho a la autodeterminación informativa vienen a ser lo mismo ⁴³⁶.

⁴³⁵ BVerfGE 65, 1, *cit.* Versión española, por la que citamos, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, «Sentencia de 15 de diciembre de 1983» *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* (1984), Núm. 33, IV, Jurisprudencia Constitucional extranjera, p. 126-170, Fundamento C, II

⁴³⁶ Como recuerda Denninger, la invención del término no es un hallazgo del BVerfG, puesto que aparecía ya en el informe encargado por el Ministerio Federal del Interior y entregado en 1971: STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 81 y s., 88 y 93. Cfr. DENNINGER, «El derecho a la autodeterminación informativa», *op. cit.*, nota 29.

5. EL CAMINO HACIA LA PRIMERA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS

5.1. Los primeros ordenadores y la informatización

A) El ordenador como fenómeno histórico concreto

A partir de 1950, todo el desarrollo de las tecnologías de la información está ligado a los ordenadores, es decir, a la informática. Las tecnologías anteriormente existentes que en sentido amplio se pueden considerar “*tecnologías de la información*” –las artes gráficas, el teléfono, la telegrafía, los medios de comunicación de masas, etc.– conocen algunas mejoras puntuales, pero no una auténtica evolución. De hecho, en sus líneas esenciales, todos esos dispositivos, que ahora se pueden llamar analógicos por contraste con los digitales, llegan prácticamente intactos hasta los años 80 y 90 del siglo XX, en que comienzan a integrarse con los sistemas informáticos, para acabar creando un ámbito tecnológico, en lo que respecta a la información, completamente digitalizado, que es lo que tenemos hoy en día. Informática es la palabra que se utiliza generalmente en nuestro país tanto para designar tanto las técnicas del tratamiento automático de la información a través de ordenadores, como el estudio teórico de dichas técnicas⁴³⁷. La clave del concepto está, pues, en el significado que deba atribuirse a la palabra “*ordenador*”, o en el uso mucho más correcto del idioma que se hace en la América de habla española, acogida en la última edición del *Diccionario* de la Real Academia Española, a la “*computadora*”⁴³⁸. Según se utilice una u otra definición, variarán la identificación de cual fue “*el primer ordenador*”, además del propio concepto de informática. Sin duda, hay un consenso en que el ordenador consiste en una máquina electrónica, es decir, que incorpora exclusivamente componentes electrónicos. Así lo demuestra la realidad de los distintos ordenadores aparecidos a lo largo del siglo XX, que primero fueron contruidos con válvulas de vacío, luego con transistores y finalmente con circuitos integrados y microprocesadores. En segundo lugar, el concepto usual del

⁴³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española* [en línea], *op. cit.*, «informática»: “*Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras*”. La edición anterior, la de 2001, utilizaba la palabra “*ordenadores*” en vez de “*computadoras*”, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, (Madrid, Espasa-Calpe, 2001), «informática».

⁴³⁸ Cfr. VAQUERO SÁNCHEZ, A. «El uso de la palabra ordenador» *El Mundo*, 23 de Febrero de 1997, que recuerda que en los países americanos de lengua española, se utiliza casi exclusivamente “*computador*” o “*computadora*”, más cercano al original inglés “*computer*”, en vez del término ordenador, que es decididamente incorrecto, porque el sentido etimológico de esta palabra, tanto en francés como en español, es “*el que da órdenes*”, lo que no se compagina con la naturaleza de este tipo de máquinas. Por cierto, que las dos palabras españolas básicas en esta materia –informática y ordenador– son galicismos derivados de palabras introducidas en francés en 1961, con inmediato éxito en nuestro propio idioma.

ordenador conlleva la característica de que el dispositivo debe ser utilizable para cualquier propósito susceptible de reconducirse a un tratamiento automatizado de datos, y no sólo para una finalidad específica, como por ejemplo realizar cálculos numéricos complejos. La información que se procesa en los ordenadores es digital, y en concreto casi exclusivamente binaria, es decir que utiliza un sistema numérico compuesto sólo de dos cifras, 0 y 1, aunque no siempre fue así⁴³⁹. Las razones para este diseño son de simplicidad de diseño, rapidez y eficiencia de los circuitos integrados, que se amolda perfectamente a la naturaleza física de la electricidad, que tiene dos estados –positivo y negativo– y también indudablemente a la síntesis de Claude Shannon en un trabajo académico de 1937 sobre teoría de la información, que tanta influencia ha tenido, en el que se ligó elegantemente la tecnología electromecánica, la lógica booleana y el sistema numérico binario⁴⁴⁰. Finalmente, hay una tercera característica en lo que se viene entendiendo en los últimos setenta años por un ordenador: la necesidad de que el dispositivo funcione con un programa, es decir una secuencia de instrucciones, previamente almacenado en su memoria. Este tipo de dispositivos se conocen como “ordenadores de programa almacenado” (“*stored-program computer*”). La inmensa mayoría de los ordenadores de memoria almacenada están contruídos con la denominada “*arquitectura von Neuman*”, que muy someramente consiste en que la máquina debe tener varias partes o “*subdivisiones*” bien definidas: una unidad de procesamiento que incluye la capacidad de realizar operaciones aritméticas o lógicas, una unidad de control, una memoria, un almacenamiento externo, y dispositivos de entrada y salida. Esta arquitectura fue definida en sus líneas esenciales en un informe de 1945 que aunque circuló bajo la autoría del matemático alemán, emigrado en los Estados Unidos, John Von Neumann, de donde tomó el nombre la teoría, probablemente se debió también, al menos en parte, a las aportaciones de otros científicos o ingenieros, como John William Mauchly y John Presper Eckert, creadores del ENIAC⁴⁴¹. No obstante, en 1936

⁴³⁹ Por ejemplo, el ENIAC, uno de los primeros ordenadores electrónicos, usaba un sistema digital peculiar: disponía 10 bloques de 10 conmutadores para representar cada número digital, y cada conmutador debía estar apagado o encendido, lo que introducía un elemento binario. En 1965, de 139 ordenadores de propósito general disponibles en el mercado, 46 eran decimales, 72 binarios, 4 octales y 15 mixtos (que podían funcionar tanto en modo binario como decimal) y otros 2 biquinarios (sistema digital de dos partes, de la que la primera es binaria, y la segunda tiene cinco estados); *cfr.* GLASER, A., *History of binary and other nondecimal numeration* ([Los Angeles; New York], Tomash, 1981) 1981), p. 133-134 y 151.

⁴⁴⁰ Nos referimos, obviamente, a SHANNON, C. «A mathematical theory of communication» *Bell System Technology Journal*, 1948, Vol. 27, p. 379-423 y 623-656; *cfr.* BARCELÓ, M., *Una historia de la informática* (Barcelona, UOC, 2008), p. 35.

⁴⁴¹ VON NEUMANN, J., *First Draft on a Report on the EDVAC* (Moore School of Electrical Engineering, University of Pennsylvania, 30 June 1945). Un resumen de la cuestión en BARCELÓ, *Una historia de la informática*, *op. cit.*, p. 52-55. Puede verse una crítica textual del documento y una interpretación “originaria” GODFREY, M.; HENDRY, D. «The Computer as von Neumann Planned It» *IEEE Annals of the History of Computing* (1993), Vol 15, No. 1, p. 11-21.

unas ideas parecidas habían sido expresadas por el inglés Alan Turing, en un artículo que no tuvo tanta difusión fuera de los círculos matemáticos, en el que introduce un concepto que él denominó “*máquina de calcular*” (“*computing machine*”) y que luego sería conocido como “*Máquina de Turing*”⁴⁴². Los primitivos ordenadores, como el ENIAC, que no eran de programa almacenado, debían ser reconfigurados físicamente para poder ejecutar una nueva función o simplemente un cálculo diferente, modificando el cableado, los elementos electrónicos y sus conexiones, lo que en ocasiones llevaba semanas de trabajo.

Los años finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, hasta la aparición de los ordenadores, conocieron el nacimiento y desarrollo de la primera tecnología que permitía realizar un tratamiento automático masivo de información. Nos referimos a la tecnología de tarjetas perforadas, cuyo mérito hay que atribuir casi en exclusiva al norteamericano de origen alemán Herman Hollerith, que la creó entre 1880 y 1890 y la perfeccionó en los años siguientes. El tratamiento de datos que se realizaba gracias a esta invención era automático, ya que se llevaba a cabo a través de máquinas, y eléctrico, ya que las máquinas estaban accionadas con electricidad. Pero a diferencia de los ordenadores, no fue un tratamiento electrónico, ya que durante prácticamente toda la larga vida de esta tecnología no incorporó medios electrónicos. La tecnología consistía básicamente almacenar la información en tarjetas de un tamaño uniforme, a través de agujeros realizados en determinadas partes. Atribuyendo un determinado significado a la presencia, o no, de un determinado agujero en cierto sitio, unas máquinas especialmente señaladas para ello podían tabular, contar, u ordenar las fichas conforme a un determinado criterio. Así, en el primer censo norteamericano en que se utilizó esta tecnología, el de 1890, las tarjetas tenían 240 posiciones para marcar los datos personales, de los que por ejemplo, ocho estaban reservados para la raza (blanco, negro, japonés, chino, indio, mulato, etc.) y otras seis para el estado civil (casado, soltero, divorciado, etc.)⁴⁴³. Pero en los campos de trabajo alemanes durante la época nazi, donde se utilizaba una tarjeta para cada recluso, en las columnas tres y cuatro se reservaban dieciséis posiciones para indicar la categoría de los prisioneros, con el agujero 3 para los homosexuales, el 8 para los judíos, el 9 para los antisociales o el 12 para los gitanos, y la columna 34 se reservaba para la “razón de partida”, con el código 3 para la muerte por razones naturales, 4 para la ejecución, 5 para el suicidio, y el 6 para un siniestro “*tratamiento especial*”⁴⁴⁴. Aunque la tecnología

⁴⁴² TURING, A. «On Computable Numbers, with an application to the Entscheidungsproblem» *Proceedings of the London Mathematical Society* (1937), Volume s2-42 Issue 1, p. 260-265.

⁴⁴³ CAMPBELL-KELLY, M. «Chapter Four: Punched-Card Machinery», en ASPRAY W. (ed.), *Computing before Computers* (Ames, Iowa State University Press, 1990), p. 125-126.

⁴⁴⁴ BLACK, E., *IBM y el Holocausto* (Buenos Aires, Atlántida, 2001), p. 28-29.

de tarjetas perforadas supuso un indudable avance sobre los medios de la época, y permitió realizar tratamientos de datos –personales o no–, con unas prestaciones de rapidez y eficiencia realmente impresionantes con respecto a la época anterior, sin embargo está considerada por Winston como un ejemplo prototípico de tecnología “*aceptada*”, es decir de aquellas que cumplen parcial e imperfectamente la necesidad social y frenan de algún modo la adopción de otras tecnologías superiores⁴⁴⁵. Sin embargo, esta tecnología se utilizó ampliamente durante décadas para realizar censos y también, por ejemplo, para procesar los datos de los millones de personas de la Seguridad Social americana. En este sentido, la tecnología de tarjetas perforadas, basadas en medios mecánicos y accionada por electricidad, permitió una automatización relativa, y tuvo indudable influencia en los procesos administrativos o empresariales durante aproximadamente medio siglo. Pero también tenía sus limitaciones en cuanto a velocidad de proceso y capacidad de cálculo. Las tarjetas sobrevivieron hasta los años 80 como dispositivo de entrada y salida de datos, pero las máquinas desaparecieron de forma práctica en los años 60, cuando fueron desplazados por los ordenadores.

En un sentido, los ordenadores modernos son la culminación de diversas tecnologías anteriores ya existentes, pero sobre una nueva base completamente nueva, que es la electrónica. Estas tecnologías anteriores eran las máquinas calculadoras, que permitían realizar cálculos matemáticos complejos de forma mecánica a gran velocidad, las máquinas de tarjetas perforadas, que servían para almacenar, contar, ordenar y recuperar datos en un entorno administrativo y de gestión, y la maquinaria de artes gráficas y mecanográfica, que se utilizaban para componer y reproducir textos. Y algún tiempo después de la aparición de las primeras computadoras, las conexiones telemáticas entre ordenadores, realizadas a través de líneas telefónicas, permitieron enviar mensajes que rápidamente sustituyeron al telégrafo y el teletipo. Desde el siglo XVIII existía la necesidad de realizar cálculos matemáticos complejos para diversas finalidades: navegación marítima, observación astronómica, cálculos actuariales o de ingeniería civil. Pero hacia la mitad del siglo XX esta necesidad era mucho más acuciante, en buena parte para finalidades militares, como el descifrado de mensajes criptográficos o el cálculo de trayectorias balísticas de proyectiles de artillería y luego de misiles. Estas operaciones matemáticas, que a menudo implicaban la necesidad de calcular decenas o centenares de decimales y realizar miles de operaciones simples (suma, resta, multiplicación, división y extracción de raíces cuadradas), se realizaban con equipos de personas, llamados entonces “*computers*”, compuestos en buena parte por mujeres, que estaban equipados sólo con algunos elementos auxiliares que

⁴⁴⁵ WINSTON, B., *Media Technology and Society* (London and New York, Routledge, 1998), p. 2-15.

facilitaban su trabajo, como reglas, tablas y algunas máquinas calculadoras mecánicas que podían realizar las operaciones básicas⁴⁴⁶. En aquella época, todavía los ordenadores (o mejor, las calculadoras) “*eran personas*”⁴⁴⁷: por mucho que existieran máquinas que ayudaran a realizar cálculos o a contar, ordenar o clasificar la información, los seres humanos eran quienes realizaban el procesamiento de datos, esto es, no sólo quienes lo dirigían u disponían desde una posición superior, sino que lo alimentaban, lo impulsaban, lo controlaban, realizaban materialmente la mayor parte de los procesos, y finalmente, extraían, almacenaban y reutilizaban los resultados.

El gran salto desde estas tecnologías basadas en medios mecánicos y electricidad hasta los ordenadores fue posible gracias a la electrónica. Fue esta tecnología la que puso las bases técnicas necesarias para que pudiera producirse la revolución informática⁴⁴⁸. Como decimos, no se puede entender la aparición de la informática sin la electrónica, a cuyo ritmo fue evolucionando aquélla, ya que puso a disposición de los ingenieros una herramienta con la que podían superar las dificultades derivadas del uso de componentes mecánicos.

⁴⁴⁶ Las primeras máquinas capaces de realizar cálculos de forma automática fueron fabricadas en el siglo XVII, separadamente por el alemán Wilhelm Schickard, primero, el francés Blaise Pascal, después, y finalmente el filósofo y matemático Gottfried Wilhelm Leibniz. Estas máquinas se basaban en la colocación de discos metálicos de diferente diámetro que giraban con un engranaje mecánico, de forma similar a como lo haría un reloj y podían automáticamente las operaciones aritméticas más comunes como la suma, resta, multiplicación, división u obtención de raíces cuadradas. Pero ninguna de ellas, ni de otras máquinas similares que vinieron después, pasaron de ser una mera curiosidad sin influencia sobre los procesos sociales, científicos o económicos. En cambio, en el siglo XIX, las máquinas calculadoras mecánicas comenzaron a comercializarse y a utilizarse para finalidades de investigación científica. El dispositivo más perfecto durante décadas fue la “*Thomas Arithmometer*”, inventada por el francés Charles Xavier Thomas de Colmar y comercializado por una empresa de su propiedad desde la década de 1820. En general sobre este asunto puede verse WILLIAMS, R. «Chapter One: Early Calculation», en ASPRAY, *Computing before Computers*, op. cit., p. 3-58 y IFRAH, G., *The Universal History of Computing* (New York, John Wiley, 2001), p. 121-129.

⁴⁴⁷ Tomamos la expresión de CAMPBELL-KELLY, M.; ASPRAY, W.; ENSMINGER, N.; YOST, J., *Computer* (Boulder, Co., Westview Press, 2013), donde un apartado de su Capítulo 1 está titulado como “*When computers were people*”.

⁴⁴⁸ El ejemplo de las máquinas diseñadas por el inglés Charles Babbage en el siglo XIX es muy revelador en este sentido. Aunque se debe a este inventor y matemático el diseño sobre el papel de un dispositivo avanzadísimo al que llamó *máquina analítica* (“*Analytical Engine*”) que ha sido considerada con razón como el precedente más claro de los ordenadores, pero nunca pasó de ahí ya que con la tecnología de su época era imposible construirlo, debido a la falta de precisión de las piezas mecánicas necesarias. En general, entre la enorme bibliografía, puede verse BROMLEY, A. G. «Chapter Two: Difference and Analytical Engines», en ASPRAY, *Computing before Computers*, op. cit., p. 59-98; un volumen monográfico de la revista de referencia en materia de historia de la informática: *IEEE Annals of the History of Computing*, Vol. 22, Issue 4, (October-December 2000), y un par de bibliografías del inventor, una más antigua, MOSELEY, M., *Irascible Genius* (London, 1964), y otra más reciente, COLLIER, B.; MacLACHLAN, J., *Charles Babbage and the Engines of Perfection* (Oxford, Oxford University Press, 1998).

B) Los primeros ordenadores, la era comercial de la informática y los primeros tratamientos de datos personales

De entre la docena de dispositivos que pueden ser considerados primitivos ordenadores y que llegaron a funcionar de forma efectiva entre 1936 y 1953⁴⁴⁹, podemos quedarnos con la declaración efectuada en un litigio sobre patentes en 1973, en que un juez federal norteamericano determinó que el ENIAC de Eckert y Mauchly (1946) no fue propiamente el primer ordenador, porque su invención derivaba del dispositivo construido por Atanasoff y Berry unos pocos años antes (1942)⁴⁵⁰.

La era comercial de la informática comenzó seguramente cuando el primer UNIVAC (basado en los mismos principios del ENIAC) fue entregado a la Oficina del Censo de los Estados Unidos en 1951. Aunque los primeros UNIVAC fueron para organismos del sector público, el octavo UNIVAC se vendió en 1954 a la *General Electric* quien lo utilizó para gestionar los salarios de su personal. Los UNIVAC competían directamente con la maquinaria de tarjetas perforadas de IBM, y ésta se vio forzada a entrar en el mercado informático. Poco a poco, los ordenadores fueron entrando en el tejido empresarial norteamericano: la lista de adquirentes de los primeros ordenadores comerciales incluye a bancos, compañías de seguros, eléctricas, químicas, metalúrgicas, etc.

Con todo, la primera vez que se utilizó un ordenador para finalidades comerciales no fue en Estados Unidos, sino en Gran Bretaña. La compañía británica *J. Lyons & Company*, del sector alimenticio, y famosa por su cadena de salones de té, encargó la construcción de una máquina a la que se llamó LEO (*“Lyons Electronic Office”*), que comenzó a funcionar en 1951. El primer LEO se utilizó para un buen número de funciones internas del negocio de la empresa: cálculos de costes, evaluación de puestos de trabajo, elaboración de los pedidos diarios de las tiendas, cálculo de las necesidades de producción diarias, facturación, inventarios y la

⁴⁴⁹ CERUZZI, P., *A history of modern computing* (Cambridge, Ma., MIT Press, 2003), p. 8-32; O'REGAN, G., *A brief history of computing* (London, Springer, 2012), p. 35-52; ROJAS, R.; HASHAGEN, U. (ed.), *The first computers* (Cambridge, Ma., MIT Press, 2002), p. 8-16.

⁴⁵⁰ *Honeywell, Inc. v. Sperry Rand Corp.*, et al. 180 USPQ 673 (D. Minn. 1973). El pleito comenzó con una demanda de *Sperry Rand Corp.* contra *Honeywell, Inc.*, por infringir una patente sobre el ordenador electrónico que la compañía demandante tenía compartida con IBM. La demandada reconvino por infracción del derecho “anti-trust”, por prácticas anticompetitivas de la demandante, que tenía varios acuerdos con IBM. La patente en cuestión se refería al sistema en que se basaba el ENIAC, y fue solicitada en 1947 por los ingenieros responsables de este ordenador, Eckert y Mauchly, pero no fue concedida hasta 1964, lo que ya de por sí es indicativo de las dudas que el asunto produjo en la Oficina federal de Patentes. Entre otras decisiones, el juez consideró que la patente era inválida, ya que el primer ordenador electrónico había sido el ABC de Atanasoff y Berry, y dio importancia decisiva a diversos encuentros que mantuvieron Atanasoff y Mauchly entre 1940 y 1941, en que incluso el segundo visitó el laboratorio del primero para conocer “*in situ*” las características del ABC.

gestión informatizada de un “*call center*”. Pero también, y esto nos interesa mucho a efectos de este estudio, se utilizó desde prácticamente el primer momento para gestionar las nóminas y salarios de los empleados. Más aún, durante los años 50, llevó a cabo la gestión de recursos humanos para la filial de Ford en Gran Bretaña, en régimen de externalización de servicios⁴⁵¹. Otra historia temprana interesante para nosotros es la del ERMA (“*Electronic Recording Machine, Accounting*”), que fue un ordenador encargado a medida por el *Bank of America*, una de las instituciones bancarias más grandes del mundo, con el objeto de poder procesar la inmensa cantidad de cheques que diariamente se entregaban en sus oficinas. En 1950, el Banco tenía que procesar, pagar, contabilizar y archivar alrededor de 2.000 cheques diarios, lo que suponía un inmenso trabajo administrativo. La tasa de crecimiento de esta actividad era tan alta que los directivos del Banco llegaron a pensar que llegaría un momento que no podrían gestionarse adecuadamente y contrataron los servicios de *SRI International*, un instituto de investigación californiano, que recomendó el uso de medios electrónicos y se ofreció a construir un ordenador que cumpliera con los requerimientos establecidos por el Banco. El resultado fue el primer sistema que podía leer directamente la información desde un soporte en papel, y que permitió gestionar una enorme cantidad de documentos de forma fácil, ágil y eficiente⁴⁵².

Por tanto, ya en los años 50, los ordenadores se usaban ampliamente para manejar datos personales. Pero todavía era pronto para que surgiera la protección de datos. Para ello habría que esperar a los años 60 y a una serie de condicionantes específicos que veremos en su momento. Por lo demás, no es necesario entrar en muchos detalles sobre la evolución de la tecnología informática hasta que en 1970 aparecieron las primeras leyes de protección de datos personales. Todo este periodo de tiempo se conoce como “*informática clásica*” o “*era del mainframe*”, y abarca las décadas de los cincuenta, los sesenta y los primeros setenta. Las características principales de estos ordenadores en esta época son que son máquinas enormes y caras, que sólo las empresas e instituciones más importantes podían adquirir y cuyo acceso debía ser compartido entre numerosos usuarios. En efecto, la forma de trabajar entonces consistía en que una pluralidad de usuarios accedía a un único ordenador desde terminales llamados “*tontos*”, consistentes en un teclado y un monitor. La máquina cambiaba continuamente de tarea para atender a las necesidades de todos ellos⁴⁵³. Este procedimiento del empleo de los

⁴⁵¹ BIRD, J., *LEO: The first Business Computer. Publishing Limited* (Wokingham, Hasler, 1994); CAMINER, D., *LEO: The Incredible Story of the World's First Business Computer* (New York, McGraw-Hill, 1998).

⁴⁵² FISHER, A.W.; MCKENNEY, J. L. «The Development of the ERMA Banking System» *IEEE Annals of the History of Computing* (1993), Vol. 15, nº 1, p. 44-57.

⁴⁵³ RODRÍGUEZ HERRERA, D., *Ceros y unos* (Madrid, Ciudadela, 2011), p. 63.

ordenadores a tiempo compartido (“*time-sharing computers*”) era el medio de aprovechar las potencialidades de los muy potentes y entonces carísimos grandes ordenadores. Este por cierto es un tema que aparece con frecuencia en la literatura primitiva de la protección de datos como una amenaza a la privacidad. La preocupación venía de que cada usuario podría acceder a los mismos recursos que los otros, incluyendo en su caso, información personal confidencial⁴⁵⁴. En 1958 se comercializó el primer ordenador basado en transistores, y en los años 60 comenzaron a emplearse circuitos integrados, y a partir de 1970, microprocesadores. Por cierto, la evolución de la informática ha demostrado la sustancial exactitud hasta el momento de la llamada “*Ley de Moore*”, expresada en 1965 por uno de los fundadores de la multinacional fabricante de microprocesadores Intel, Gordon E. Moore, según la cual, cada dos años aproximadamente se duplica el número de transistores en un microprocesador.

C) La revolución informática

Los ordenadores trajeron consigo la informatización, que supone un cambio histórico con respecto a las formas de organización social anteriores, de modo que se puede hablar, con toda propiedad, de la “*revolución informática*”. Ni que decir tiene que todos los tratamientos de datos que venían realizándose, así como muchos otros que sobre todo las administraciones públicas emprendieron (como los registros administrativos de conductores), se llevaron a cabo a partir de entonces por medios automatizados, lo que con mucha probabilidad supone un cambio cualitativo que cuantitativo. Probablemente, el estudio más completo y detallado del fenómeno de la informatización, aunque referido sólo al ámbito de las empresas norteamericanas, sea el de James W. Cortada⁴⁵⁵. No tenemos por qué entrar en detalles, pero sí constatar que todas las grandes empresas, y muy especialmente, todas aquellas que manejaban grandes cantidades de datos personales, utilizaban ordenadores de forma intensiva en los años 80 para todos sus procesos habituales de negocio. Con posterioridad, los ordenadores han llegado a todas las empresas y profesionales, y también a muchísimos particulares. Para dar una pincelada de cuál fue el ritmo de la informatización, podemos recurrir a un librito divulgativo escrito a finales de los años 60⁴⁵⁶, que afirma que para entonces los ordenadores se utilizaban ya para la navegación aérea y marítima, la

⁴⁵⁴ MILLER, *The Assault on Privacy*, op. cit., p. 17 y 29. La creencia general entonces es que el desarrollo de la informática tendía hacia este tipo de grandes ordenadores con multitud de usuarios: vid. HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit., p. 10.

⁴⁵⁵ CORTADA, J.W., *The Digital Hand* (Oxford, Oxford University Press, 2004); CORTADA, J.W., *The Digital Hand, Volume II* (Oxford, Oxford University Press, 2006); CORTADA, J.W., *The Digital Hand, Volume III* (Oxford, Oxford University Press, 2008).

⁴⁵⁶ CLARK, E., *Computadoras en acción* (Barcelona, Bruguera, 1970). La edición americana original data de 1969.

contabilidad, el control del tráfico, el gestión de centrales de energía, la impresión y las artes gráficas, la gestión de las compañías aéreas, la medicina, la fabricación de otros ordenadores, catálogos de bibliotecas, traducciones, la industria metalúrgica, las telecomunicaciones, la gestión del registro de conductores, el diseño y la logística. El ritmo de la informatización puede verse también por el número de ordenadores. Esta es otra cuestión que aparece en prácticamente toda la doctrina temprana sobre protección de datos. En general, tendía a subrayarse con tintes alarmistas la impresionante –entonces– cantidad de ordenadores que iban conduciendo aceleradamente a una sociedad masivamente informatizada⁴⁵⁷. Obviamente, todas las cifras que encontramos ahí suenan ridículas comparadas con la realidad actual, sobre todo después del advenimiento del ordenador personal en los años 80⁴⁵⁸. Yendo más directamente al objeto de nuestro estudio, el tratamiento de datos personales, la investigación emprendida por Westin y Baker a comienzos de los años 70 acerca de los “*bancos de datos*”, como se decía entonces⁴⁵⁹, constata que disponían de ordenadores para gestionar datos

⁴⁵⁷ Así, a título de ejemplo, WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 160-161, señala que en Estados Unidos había unos 30.000 ordenadores en 1966; HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit., tiene en p. 11 a 15 unas detalladas tablas con proyecciones del número de ordenadores, clasificados por tipos, en los principales países durante los siguientes años a su estudio; sus datos son, por cierto, inferiores a los que nos muestran otros autores; SIEGHART, *Privacy and computers*, op. cit., p. 54-56, afirma que en 1975 había en el Reino Unido unos 13.000 ordenadores “grandes” registrados en un *National Computer Index* [Índice Nacional de Ordenadores], pero que el total de ordenadores rondaría los 40.000. Sólo la pretensión de registrar en un registro o índice todos los ordenadores existentes en un país se nos aparece hoy como totalmente superada por la realidad, pero hacer descripción exhaustiva de los principales sistemas informáticos en funcionamiento en el país era precisamente la intención que animó la obra de WESTIN, A. (Project Director); BAKER, A. (Assistant Project Director), *Databanks in a Free Society* (New York, Quadrangle Books, 1972), p. 29, y nota 1, quienes estimaron que en 1971 había unos 70.000 ordenadores, en total, instalados en los Estados Unidos. RODRÍGUEZ SOLANO, J. «Panorámica general sobre problemas de personal y evolución del parque informático en España», en *Actas del Ier. Congreso hispano-luso de Informática* (Madrid, Citema, 1971), 99-107, p. 104, nos dice que en 1959 existían en Norteamérica 2.000 ordenadores, por 20 en Francia, 94 en Alemania y 110 en Gran Bretaña. A continuación da las cifras españolas: la distribución del parque informático nacional según un avance del estudio realizado por la Presidencia del Gobierno referido a 31 de diciembre de 1970, es el siguiente: 615 ordenadores pequeños, 113 medianos, y 14 grandes, lo que arroja un total de 752, mientras que en el mismo momento, Francia tenía unos 4.939. Un ordenador mediano se considera el equivalente al IBM 360/40 y 50. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, op. cit., p. 22, cifra en 116.000 los ordenadores existentes en 1970, y calcula unos 200.000 en 1980 solo en Estados Unidos.

⁴⁵⁸ Algunas estimaciones hablan de mil millones de ordenadores personales funcionando para 2008 y el doble para 2015, vid. «Worldwide PC use to reach 1 billion by 2008: report», en *CBC News, Technology & Science* [Página web] [en línea], 12 de junio de 2007. Pero incluso estos volúmenes quedan otra vez desfasados ante la imparable penetración de nuevos dispositivos electrónicos –*smartphones*, *tablets*– que son también miniordenadores aptos para procesar grandes volúmenes de información digital a gran velocidad.

⁴⁵⁹ Es una expresión procedente de la palabra inglesa “*databanks*”, de uso frecuente entonces en todas las lenguas occidentales (“*banche dei dati*”, “*datenbanken*”, “*banques de données*”); cfr. a título de ejemplo MATTEUCCI, N. (a cura de), *Privacy e banche dei dati* (Bologna, Il Mulino, 1981); DAMMANN, U.; KARHAUSEN, M.; MÜLLER, P.; STEINMÜLLER, W., *Datenbanken und Datenschutz* (Frankfurt/Nueva York, Herder & Herder, 1974); *Banques de données. Entreprises - Vie privée* (Brussel, Creadif, 1980); SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. «La regulación de los bancos de datos y la actividad bancaria» *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 44, Octubre y Diciembre 1991, p. 1162-1163. Esta expresión

personales, todas las agencias federales y administraciones de niveles inferiores responsables de los más importantes tratamientos de datos: la Seguridad Social, el FBI, los registros de conductores y los departamentos de policía y seguridad. Lo mismo ocurría con las empresas con mayor cantidad de datos personales, como Bancos, prestadores de servicios de información sobre solvencia, aseguradoras y empresas de marketing directo. Resta decir, por último, que en España, como ha venido siendo habitual en materia de tecnologías de la información, la informatización ha ido muchísimo más retrasada que en otros países⁴⁶⁰.

5.2. El miedo al ordenador y su permanencia en el tiempo

Las décadas de los años 60 y 70 del pasado siglo contemplaron la aparición, en la generalidad de los países más desarrollados, de lo que podríamos llamar un sentimiento de temor hacia las consecuencias que el desarrollo y la utilización creciente de la informática podían tener para las personas, especialmente en lo que respecta al menoscabo o incluso destrucción de su intimidad. Este temor, ampliamente extendido, tenía un carácter transversal, ya que era compartido por científicos de distintas disciplinas, incluyendo a juristas, técnicos informáticos, sociólogos, e intelectuales en general, pero también a políticos y muchos ciudadanos de a pie, como atestiguan numerosos testimonios de dicho periodo. Aunque el sentimiento al que nos estamos refiriendo no fuera universal (ninguno puede serlo, en realidad), no cabe duda de que formaba parte del “*mainstream*” o cultura popular, pues el tema aparecía recurrentemente no solo en obras científicas, sino en multitud de novelas, programas de radio y televisión, películas, obras teatrales, poemas o comics.

Es importante resaltar que la base de esas primeras denuncias es la misma que fundamenta las actuales y es lo que da continuidad a la contexto en el que desarrolla la protección de datos a lo largo de los años: la capacidad de la tecnología de procesar inmensas cantidades de información, y conservarla disponible de forma fácil y casi instantánea durante largo tiempo, supone una

popular se usaba sin mucha precisión para designar la acumulación de datos sobre personas en un solo lugar para un fácil acceso por un número indeterminados de usuarios, *cfr.* WESTIN; BAKER, *Databanks in a Free Society*, *op. cit.*, p. 9, nota 1. Madrid Conesa recuerda que la expresión se relaciona directamente con el concepto de banco tradicional: hace referencia a un banco en el que se ingresan y se retiran datos en vez de dinero, con la diferencia de que la retirada de datos no merma el contenido de la información allí almacenada, que permanece invariable; *cfr.* MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 24-25. Este autor piensa que la expresión es equivalente a “*fichero automatizado*”, escogida por el C-108, y que pasó directamente a la LORTAD.

⁴⁶⁰ Según DIEGO GARCÍA, E. de, *Historia de la industria en España* (Madrid, Escuela de Organización Industrial/Actas, 1995), hasta 1958 no se instala el primer ordenador en España, adquirido por RENFE, que compró un IBM 650; en 1959 se instala un UNIVAC UCT en la Junta de Energía Nuclear; y en 1962, sendos IBM 1401 en Sevillana de Electricidad y Galerías Preciados. La misma información en RODRÍGUEZ HERRERA, *Ceros y unos*, *op. cit.*, p. 75.

amenaza *real* o *potencial* contra la persona, no sólo contra su intimidad, que sería quizá lo primero que vendría a la mente al hablar de los *peligros* de la informática, sino también contra la propia dignidad, libertad en general y derechos inalienables. En efecto, la tecnología de la información permite la vinculación a una persona concreta de muchos datos aislados que considerados separadamente serían inocuos, pero que una vez acumulados, almacenados y recuperados, incluso mucho tiempo después de haberse producido los hechos que dieron lugar a su existencia y con independencia del lugar donde acontecieron, pueden llegar a crear un perfil muy detallado con múltiples aspectos de la vida de una persona, como sus gustos, preferencias, rasgos de personalidad, aficiones, raza, creencias religiosas, patrimonio, ingresos, salud, relaciones familiares, orientación sexual, carrera profesional, y un largo etcétera. Muchas personas considerarían la mera existencia de este “*dossier*” como algo destructor de la intimidad y que debería ser evitado a toda costa, pero es que además, siempre cabe la posibilidad de que *alguien* pudiera utilizarlo para causar un perjuicio real y efectivo: para denegar un crédito o la contratación de un seguro, para perder un proceso de selección laboral, o lo que sería peor aún, para extorsionar, estafar, o discriminar a la persona a la que se refiere la información, incluso de forma automática a través de los propios ordenadores. En casos extremos de persecución política, religiosa, o étnica, el manejo de esta información por parte de los perseguidores sería directamente letal. De este modo, la *falta de control* sobre el tratamiento de datos, más que la acumulación de información excesiva sobre individuos concretos, supone un terrible peligro para éstos, ya que –y la historia ha dado ya muestras sobradas de ello– esta información puede ser utilizada con finalidades perversas.

Nos puede servir de utilidad mostrar dos citas relevantes, separadas por varias décadas, que muestran como el miedo al ordenador permanece casi constante en el tiempo. El 14 de febrero de 1967, el congresista norteamericano Cornelius E. Gallagher, que por aquellos tiempos llevaba a cabo una destacada actividad parlamentaria en defensa del derecho a la intimidad, pronunció un discurso en la convención anual de la *American Bar Association* [Asociación de abogados americanos], bajo el título «Technology and Freedom» [Tecnología y libertad], en el que afirmó, entre otras cosas, lo siguiente: “*Aunque la tecnología de la informatización ha hecho surgir nuevos horizontes de progreso, ha traído también consigo graves peligros. El mayor de ellos es que podemos dejarnos llevar a una dinámica que pondrá al ordenador en el lugar de la voluntad libre del hombre y la conciencia humana acerca de lo que es ético y lo que no; el ordenador, con su insaciable apetito de información, su imagen de infalibilidad, su incapacidad de olvidar nada de lo que se ha colocado en su interior, puede llegar a ser el corazón de un sistema de vigilancia que convertirá la sociedad en un mundo transparente, en el cual nuestra casa, nuestras finanzas, nuestras relaciones, nuestro estado*

físico o mental son mostrados prácticamente a cualquier observador casual. Si la información es poder, entonces el poder real y su amenaza inherente a la democracia no residirán en algunos cargos electos o generales del ejército, sino en unos pocos miembros excesivamente motivados de una élite burocrática”⁴⁶¹. Hay en esta cita, como puede verse, una prácticamente completa exposición del miedo al ordenador, que podría ser repetida, casi literalmente por cualquiera de nuestros contemporáneos. Cuarenta y cinco años después, prácticamente la misma idea la encontramos, por ejemplo, en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado* de 2012, donde podemos leer lo siguiente: “... en el mundo tecnológicamente avanzado en el que vivimos, arrecia la amenaza a uno de los flancos más vulnerables de la esfera jurídica del ciudadano común, su intimidad entendida como ese ámbito inmune a la intromisión y conocimiento ajenos, patrimonio intangible de la personalidad humana formado por el conjunto de sus datos personales y familiares, en riesgo de exposición y difusión por el uso abusivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”⁴⁶². Puede verse, pues, una sustancial continuidad de planteamientos esenciales en el ámbito de la protección de datos, pese a que las circunstancias económicas, tecnológicas y sociales de la década de 1960 y del pleno siglo XXI son muy diferentes. De hecho, algunos autores como el alemán Simitis⁴⁶³, el italiano Rodotà⁴⁶⁴, el belga Poulet⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Cita tomada de FELBER, R., *The Privacy War* (Montvale, NJ, Croce, 2003), p. 176 (traducción nuestra).

⁴⁶² *Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2012), p. 165.

⁴⁶³ Desde unos breves estudios iniciales, donde la cuestión se trata más incidentalmente, SIMITIS, S., *Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme* (Tübingen, 1966) y SIMITIS, S., *Automation in der Rechtsordnung, Möglichkeiten und Grenzen: Vortrag* (Karlsruhe, C. F. Müller, 1967), pasando por una primera monografía dedicada íntegramente al tema SIMITIS, S., *Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung* (Karlsruhe, C. F. Müller, 1970), hasta SIMITIS, S. «Die EG-Datenschutzrichtlinie: eine überfällige Reformaufgabe», en NEUMANN, U.; HERZOG (Hrsg), F., *Festschrift für Winfried Hassemer* (Heidelberg, C.F. Müller, 2010), p. 1235-1248; véanse también dos entrevistas periodísticas recientes: PRANTL, H. «Spiros Simitis - , "Datenschutz muss auch im Internet greifen",» *Süddeutsche.de [edición digital del Süddeutsche Zeitung]* (17 de mayo de 2010) y ERD, R. «Privatsphäre: Datenschutz droht sich als Fiktion zu erweisen,» *Zeit online* (versión electrónica de *Die Zeit*) (18 de noviembre de 2011). Entre medias, una multitud de publicaciones.

⁴⁶⁴ Desde RODOTÀ, S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale* (Bologna, Il mulino, 1973), o RODOTÀ, S. «La “privacy” tra individuo e collettività» *Politica del Diritto* (Set.-Ott. 1974), N. 5, p. 545-563, hasta RODOTÀ, S. «Data Protection as Fundamental Right», en GUTWIRTH *et alii*, *Reinventing Data Protection?*, op. cit. (2009), p. 77-82, o el RODOTÀ, Stefano, «Prefazione», en TROJSI, A., *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali* (Torino, Giappichelli, 2013), p. I-XV .

⁴⁶⁵ Desde BERLEUR, J.; POULLET, Y. «Informatique et vie privée: enjeux réels» *Interdoc* (Sept. 1978), I, p. 6-12, hasta POULLET, Y.; VAN GYSEGHEM, J.; MOINY, J.; GÉRARD, J.; GAYREL, C. «Data Protection in the Clouds», en GUTWIRTH, S.; POULLET, Y.; DE HERT, P.; LEENES, R., *Computers, Privacy and Data Protection* (Dordrecht, Springer, 2011), p. 377-410.

o el español Pérez-Luño⁴⁶⁶, han venido denunciando durante cuatro décadas el mismo peligro esencial, eso sí, adaptado a distintas circunstancias surgidas con el transcurso del tiempo.

Una revisión somera a la doctrina jurídica y los documentos de las autoridades reguladoras muestra que las concretas manifestaciones del peligro general de los ordenadores, han ido evolucionando a lo largo de las décadas. Según van transcurriendo los años, las preocupaciones se han ido centrando en distintos peligros específicos. Así, como estamos viendo, en la década de 1970, preocupaba la proliferación de los bancos de datos, la utilización del mismo ordenador por distintos usuarios simultáneamente bajo la fórmula de los “ordenadores a tiempo compartido” (“*time-sharing computers*”), los números únicos personales identificativos, o la creación de grandes centros estatales de datos en los que se centralizarían todos los tratamientos de datos personales llevados a cabo por el sector público. Pero en la década de 1980, el cruce de datos entre diversas bases de datos o “*data matching*”, la realización de las tradicionales actividades bancarias a través de medios electrónicos y telemáticos (“*banca electrónica*”), o la televisión por cable interactiva. En la década de 1990 las preocupaciones pasaron a ser la red internet, los servicios de telecomunicaciones avanzados o la intención de algunos fabricantes de hardware de incluir un número único de identificación en los ordenadores. En la década de 2000, la fotografía digital a disposición del gran público a precios muy asequibles, y muy especialmente, la inserción de cámaras en los teléfonos móviles, el uso de tarjetas de fidelización en comercios, las funcionalidades de “*Global Positioning System*” (GPS) en los teléfonos móviles, las cámaras de vigilancia a través de circuito cerrado de televisión (o “*closed circuit television*” en inglés o CCTV), las bases de datos de ADN y el uso de la biometría como elemento identificador, o las posibles restricciones de la intimidad como consecuencia de la necesidad de luchar contra el terrorismo global. Finalmente, en la década de 2010, hasta el momento, las autoridades han expresado su preocupación por los posibles usos nocivos de la tecnología llamada “*Radio Frequency IDentification*” (RDIF), las llamadas redes sociales o el “*Cloud computing*”.

En definitiva, el mensaje del miedo ha permanecido invariable en su esencia durante prácticamente cinco décadas, si bien adaptándose a los cambios tecnológicos o sociales. A medida que pasan las décadas, los autores no se cansan

⁴⁶⁶ Desde los ya citados PEREZ LUÑO *Cibernética, informática y derecho: (un análisis metodológico)* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976) y PÉREZ LUÑO «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», *op. cit.*, hasta PÉREZ LUÑO, A.E., «Internet y los derechos humanos» *Anuario de Derechos Humanos* (2011), N.º. 12, p. 287-330 y PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica* (Madrid, Universitas, 2012).

de alertar de nuevos peligros, y de hecho, en un cierto sentido, es indiscutible que el peligro es ahora mayor que nunca, debido a la digitalización acelerada de la sociedad y el avance tecnológico incomparablemente superior al de hace sólo unos pocos años. En definitiva, si tuviésemos que condensar en una fórmula corta esta situación lo más acertado probablemente sería decir, como afirmó la doctrina alemana temprana, que la protección de datos es la respuesta jurídica al “*miedo al ordenador*”⁴⁶⁷, o la otra cara de la moneda del tratamiento de datos, de modo que donde está éste, necesariamente debe estar también aquélla: así como la sombra sigue a la luz, y sin luz no puede haber sombra, la protección de datos sigue al tratamiento de datos, por lo que cuanto más grandes son las oportunidades que produce la tecnología, más atención hay que prestar sus peligros⁴⁶⁸.

5.3. El comienzo exacto de la preocupación por el efecto negativo de los ordenadores sobre la intimidad y otros derechos de la persona

Para datar con precisión el comienzo de esta creencia compartida socialmente, hay que remontarse a comienzos de la década de 1960. Según Westin, a quien debemos considerar una absoluta referencia en esta materia, el tema de la intimidad (“*privacy*”) estuvo obstinadamente ausente del debate de los años 40 y 50 sobre las implicaciones sociales de la informatización⁴⁶⁹. Sólo a comienzos de los años 60 empezaron a oírse unas pocas voces advirtiendo de los peligros que este desarrollo tecnológico tenía para la intimidad. Westin señala que la primera manifestación pública de la preocupación por estos peligros es una conferencia pronunciada en abril de 1961 por Bernard Benson, presidente de una empresa fabricante de hardware, en la reunión anual de la *Society of Technical Writers and Publishers* [Asociación de escritores y editores técnicos]. Resumidamente, el contenido de su exposición fue el siguiente: cada vez se recopila más y más información para muy variados fines de indudable utilidad social, desde prestar asistencia sanitaria a dar ayudas contra el desempleo o luchar contra el crimen. De este modo, pequeñas porciones de información sobre la vida de cada uno de nosotros se van ubicando en la memoria de los ordenadores, hasta llegar a formar una imagen que podría llegar a ser completa, lo que haría posible eventualmente la revelación de detalles embarazosos. Lo lógico sería que toda la información acabe por incorporarse algún día en un solo ordenador o en un centro de ordenadores.

⁴⁶⁷ Este es precisamente el título de la obra de Bull, al que se puede considerar testigo cualificado del asunto, al haber sido el primer Comisionado federal alemán para la protección de datos: BULL, *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer*, op. cit., es decir, “*la protección de datos o el miedo al ordenador*”.

⁴⁶⁸ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, op. cit., p. 34, donde se encuentra la frase textual “*Datenschutz ist die Kehrseite der Datenverarbeitung*”.

⁴⁶⁹ WESTIN, A., *Privacy and Freedom* (New York, Atheneum, 1967), p. 298.

Cuando esto ocurra, dependerá de la “*misericordia*” de las personas que controlen ese ordenador pulsar una tecla para que la máquina “*recuerde*”, y toda la historia de nuestra vida aparezca en pocos segundos: ficha policial, historial médico, circunstancias de la infancia, expediente académico, vida laboral, impuestos, donaciones a obras de caridad o fines sociales, o movimientos de cuenta corriente o de la tarjeta de crédito. Con toda esta información, quienes manejen el ordenador conseguirán un enorme poder sobre la ciudadanía, porque donde está la información está el poder, y una concentración excesiva de poder puede ser catastróficamente peligrosa⁴⁷⁰. De ser cierto que esta conferencia fue la primera vez que se habló de estas cuestiones en público, debemos considerarla como el pistoletazo de salida del tema “*computers and privacy*” [ordenadores e intimidad], que produciría en los años posteriores miles y miles de artículos, libros, comentarios, etc. Pero debe ya notarse que, desde un primer momento, cuando se denuncia el riesgo de la informatización para la intimidad personal y familiar, siempre se acompaña una advertencia sobre la amenaza hacia las libertades individuales, incluidas las estrictamente políticas. Y es que la conferencia de Benson no se refiere sólo al impacto sobre la “*intimidad*”, sino también a la posible pérdida de la “*libertad*” de los americanos, derivada de la concentración de un poder inmenso en pocas manos.

Anteriormente a esta conferencia de Benson, existía ya un miedo a las consecuencias de la “*automatización*”. Por ejemplo, en el número de enero de 1961 de la revista comercial *Computers and Automation* [Ordenadores y Automatización] puede encontrarse un artículo de John Diebold, presidente de una empresa de ingeniería y consultoría informática, en el que afirma que el único obstáculo real que impide hacer un uso óptimo de la “*automatización*” en todos los estratos de la economía y la sociedad norteamericana es el “*miedo*”, el “*miedo a las consecuencias de la automatización en el ser humano*”, que relaciona con el “*cambio*” al que hay que adaptarse para obtener los beneficios de la revolución tecnológica. “*Automatización*” es no sólo la que se realiza en procesos industriales o fábricas, sino también el manejo de información de forma automática a través de dispositivos electrónicos (ordenadores), que realizan, por ejemplo, compañías de seguros o bancos⁴⁷¹. El artículo es interesante, a su vez, porque el autor compara la situación del momento en el que escribe con la de 1955, año en que fue llamado a declarar en un Subcomité Conjunto del Congreso norteamericano sobre “*automatización y cambios tecnológicos*”. En su declaración ante este Subcomité,

⁴⁷⁰ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 299. La reseña de la conferencia apareció en *The New York Post*, de 16 de abril de 1961.

⁴⁷¹ DIEBOLD, J. «Automation - A national resource, not a cause for fear» *Computers and Automation* (January 1961), Vol 10, nº 1 - 1bis, 9-11, p. 9.

Diebold afirmó, entre otras cosas, que la “*automatización*” es considerada a menudo como “*una potencial amenaza a la economía nacional*”, y también como una “*mística pseudociencia de robots y cerebros gigantes*”, pero no se menciona ningún riesgo para la intimidad, ni nada semejante, ni en esta declaración ni en el resto de las actuaciones del Subcomité durante octubre de 1955, que se recogen en un mismo volumen⁴⁷². Si se leen las partes que hacen referencia de forma más directa al incipiente tratamiento de datos personales a través de máquinas electrónicas, como por ejemplo la declaración de los directivos de la Oficina del Censo o un estudio sobre la introducción de una computadora electrónica en una gran compañía de seguros⁴⁷³, se puede comprobar como el tema de la intimidad no suscita ningún interés en los parlamentarios ni en los intervinientes. En aquel momento la única preocupación eran cuestiones puramente económicas relacionadas con los procesos productivos y la competitividad, y muy especialmente, la posible pérdida de empleos como consecuencia de la introducción de máquinas electrónicas. Así pues, debe distinguirse entre un vago temor a las consecuencias sociales de la automatización de la preocupación por el efecto nocivo de los ordenadores específicamente sobre la intimidad (y la libertad), que es el contexto propio en el que aparece la protección de datos. En efecto, la automatización es un concepto genérico que no siempre implica necesariamente el uso de ordenadores ni el tratamiento de información personal, y el temor a ella, como hemos señalado antes, ya existía en los años 50 del pasado siglo, aunque muy probablemente arranque años antes.

¿Qué es lo que hace que surja el sentimiento de la protección de datos como algo específico? La respuesta es sencilla. El final de los años 50 y comienzos de los 60 es, como hemos visto, el momento exacto en que los ordenadores comenzaron a salir del reducido ámbito de los grandes centros de investigación y a ser utilizados especialmente por poderes públicos de todo el mundo desarrollado, y también por empresas privadas. El artículo antes citado de John Diebold nos descubre esta clave. Este empresario, cuya compañía, según afirmó, estaba involucrada en prácticamente todos los procesos de automatización que se llevaban a cabo en el país⁴⁷⁴, señala que, según estimaciones de su empresa, mientras en 1955 sólo había unas docenas de ordenadores instalados, en julio de 1960 ya había alrededor de unos 4.000. Es decir, tenemos un testimonio de primera mano que nos permite conocer que la explosión en el uso de los ordenadores se produjo, precisamente, a

⁴⁷² *Automation and Technological Change* (Washington, U.S. GPO, 1955), p. 6-10. Este volumen recoge solo las audiencias ante el Subcomité de noviembre de 1955, cuando los trabajos, y las de algún Subcomité anterior, habían comenzado unos años antes.

⁴⁷³ *Automation and Technological Change*, op. cit., p. 72-96 y 290-300, respectivamente.

⁴⁷⁴ *Automation and Technological Change*, op. cit., p. 7.

partir de la segunda mitad de la década de 1950, y así, de forma exponencial, hasta hoy⁴⁷⁵. En el mismo sentido, el senador Sam J. Ervin, Jr., en una conferencia de 1971, afirmó que en 1952 había sólo dos ordenadores en funcionamiento en instituciones públicas norteamericanas, mientras que en el momento en que habla, la cifra ascendía a unos 6.000⁴⁷⁶.

Gracias a la proliferación de medios de comunicación, y al estilo informativo un tanto sensacionalista, productor de reportajes y otros productos destinados al entretenimiento más que a la información de sucesos o eventos, la incipiente informatización era conocida por el gran público. No es extraño, pues, que en las décadas de 1960 y 1970, el tema de los ordenadores se convirtiera en “*trendic topic*”, como diríamos hoy, en la opinión pública occidental. En ese mismo instante, surgió la voz de alarma entre los ciudadanos y juristas más sensibilizados con la defensa de los derechos civiles y especialmente de la intimidad, y de este modo se gestó muy rápidamente el sentimiento que daría lugar pocos años después a la aparición de las primeras leyes de protección de datos. Este sentimiento surgió y creció con igual grado de explosividad que el propio desarrollo de la tecnología destinada a crear, almacenar, procesar y transmitir información. El propio Westin afirma que mientras en el comienzo hubo sólo unas pocas y tímidas voces hablando del problema de la influencia de los ordenadores sobre la intimidad, la situación cambia a mediados de los años 60, por la cada vez mayor informatización, pero sin que el pensamiento de base para afrontar la cuestión hubiera llegado a la arena pública todavía en 1967⁴⁷⁷. Una vez más, hay que confiar en la autoridad de este autor sobre todas estas cuestiones, pero nos parece indudable, no obstante, que en los años 70 este conocimiento ya estaba suficientemente generalizado.

Evidentemente, la conferencia de Benson no fue un hecho aislado. Un artículo aparecido en Agosto de 1961 en la revista *The Reporter* comenta, impresionado ante la cantidad de datos que pueden almacenarse y recuperarse en grandes ordenadores, que dichas máquinas pueden causar mucho daño⁴⁷⁸. En Diciembre de 1962, un informe del experto en ordenadores Richard Hamming para los laboratorios Bell concluyó que había un riesgo de que los datos recogidos por los

⁴⁷⁵ La estimación es que en 1971 WESTIN; BAKER, *Databanks in a Free Society*, op. cit., se afirma que mientras en 1950 había 2 ordenadores instalados en el gobierno federal norteamericano, en 1960 había 403, y en 1970 la cifra ascendía a 5.277.

⁴⁷⁶ ERVIN, Jr., S.J. «The First Amendment: A Living Thought in the Computer Age» *Columbia Human Rights Review* (1972), Vol. 4, No. 1, 13 y s., p. 14. Como el propio autor reconoce, su artículo está basado en una conferencia dada ante la reunión anual de la *Federation of Information Processing Societies* [Federación de entidades procesadoras de información] el 20 de mayo de 1971.

⁴⁷⁷ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 321.

⁴⁷⁸ BERGAMINI, D. «Government by Computers?» *The Reporter* (August, 17, 1961), p. 21.

grandes responsables de tratamientos fueran mal utilizados. Otro artículo aparecido en el *Evening Record* de Bergen (New Jersey) comentaba que con la adquisición por parte de la administración tributaria federal de un IBM 7074, los ciudadanos pasarían a ser espiados por cerebros mecánicos (“*mechanical brains*”). Un editorial publicado en mayo de 1963 en *Computers and Automation*, afirma, al hilo del comentario sobre la rapidez con que se detuvo a un delincuente gracias al procesamiento de datos realizado con máquinas de tarjetas perforadas, que la introducción de los ordenadores electrónicos puede traer una tiranía (“*tyranny*”) más agobiante para mucha gente⁴⁷⁹. Un documento entregado a la reunión anual de la *American Orthopsychiatric Association* [Asociación americana de Ortopsiquiatría] advertía del peligro para la intimidad de combinar datos relativos a distintas áreas de la vidas de las personas en grandes bancos de datos (“*data Banks*”). El Vicealmirante H.G. Rickover, en un discurso de 1964 titulado *Liberty, Science and Law* [Libertad, Ciencia y Derecho], se quejaba de que en el mundo moderno tecnológicamente avanzado, muchas decisiones se tomarían a través del tratamiento automatizado de datos, y que debía hacerse un esfuerzo para controlar a éste último⁴⁸⁰. Es muy importante resaltar que, prácticamente desde el comienzo, se vincularon estos peligros de la informatización, con el concepto del “*Gran Hermano*” orwelliano, como acreditan dos artículos de 1963 aparecidos en dos revistas populares de gran tirada⁴⁸¹.

En definitiva, como dice Simitis, no hay duda de que la discusión sobre la protección de datos comienza con la transición al tratamiento automático de datos⁴⁸². Otros autores de referencia aquí realizan semejantes aseveraciones, como Bennett, que recuerda que el problema de la protección de datos surgió en los años 60 en las agendas políticas de los estados industriales avanzados como consecuencia del desarrollo y utilización de los ordenadores, así como que fue un problema nuevo, nunca experimentado antes, ya que había sido creado por los desarrollos tecnológicos⁴⁸³, o Bygrave, que dice que la emergencia de las leyes de protección de datos no puede explicarse adecuadamente sin tener en cuenta los desarrollos en las tecnologías de la información, especialmente la “*era de los ordenadores*” (“*computer age*”) comenzada en los años 50⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ BERKELEY, E. «The Computer and Wrongdoing» *Computers and Automation* (May, 1963), p. 7.

⁴⁸⁰ Todos estos ejemplos citados en WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 299-300 y 311-312.

⁴⁸¹ GANNON, R. «Big Brother 7074 Is Watching You» *Popular Science* (March 1963), p. 86-88 y 206-208; «1401 is watching you» *Time* (August 1963), p. 53 y s.

⁴⁸² SIMITIS, S. «Einleitung», en SIMITIS, S.; DAMMANN, U.; MALLMANN, O.; TEH, H.-J., *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz* (Baden-Baden, Nomos, 1979), 47-74, p. 51.

⁴⁸³ BENNETT, *Regulating Privacy*, op. cit., p. 2 y 3.

⁴⁸⁴ BYGRAVE, L., *Data Protection Law*, op. cit., p. 93.

5.4. Los factores conducentes al nacimiento del derecho de protección de datos.

A) La pluralidad de influencias en la aparición de la protección de datos

Debemos hacer ahora un repaso, aunque sea somero, de los factores que han tenido influencia directa en la aparición del derecho de protección de datos. Es preferible hablar de factores o de influencias, para eludir el concepto de “*causa*”, que es especialmente problemático en las ciencias sociales y más aún en la ciencia del derecho.

Para evitar connotaciones metodológicas y dificultades lógicas, hablaremos simplemente de factores conducentes, de influencias, o influjos sobre el surgimiento de este conjunto de normas. Esta cuestión no puede ser obviada en el presente estudio. Es necesaria al menos una reflexión que servirá para ilustrar, y en parte explicar, el hecho a nuestro juicio incontrovertible de que tras la protección de datos subyace una pluralidad de intereses diferentes, lo que, a nuestro juicio constituye la característica más notable de este sector del ordenamiento. Por tanto, sin necesidad de un excesivo rigor formal, al menos se podrá fijar la atención sobre las características esenciales del tipo de normas al que hemos dedicado la presente tesis. Como apuntan sensatamente De Hert y Gutwirth, el hecho de que el artículo 7 de la CDFUE use las mismas palabras que el CPDH para reconocer el derecho a la intimidad personal y familiar, y a continuación introduzca un artículo nuevo (el 8 que acabamos de comentar), que no existe en el CPDH, dedicado al derecho fundamental a la protección de datos nos indica que, *aparentemente*, algo nuevo ha pasado en el nivel constitucional⁴⁸⁵. Por tanto, intimidad y protección de datos no son exactamente lo mismo, y hay más cosas detrás de la protección de datos que simplemente una profundización en el derecho a la intimidad o la extracción de nuevas consecuencias de este derecho en un entorno tecnológico avanzado.

Lógicamente, nos referiremos únicamente a los factores que de forma directa y evidente, con una continuidad temporal casi inmediata, llevan a la aprobación de las primeras leyes de protección de datos. Pero aún así hay que matizar que distinguiremos dos grupos de factores. En primer lugar, los subyacentes, es decir, lo que configuran el entorno o medio ambiente en el que surge la protección de datos. En segundo lugar, los detonantes o catalizadores, que son el tipo de factores

⁴⁸⁵ DE HERT, P.; GUTWIRTH, S. «Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg», *op. cit.*, 3-44, p. 6-7.

que hicieron saltar la chispa de la protección de datos en un momento concreto muy preciso, que fue la segunda mitad de la década de los 60 y comienzos de la de los 70.

A nuestro juicio, los factores subyacentes que han acabado conduciendo a la aprobación de la protección de datos son dos: en primer lugar, la preocupación jurídica por la intimidad, que guarda relación con la protección de la personalidad y la autonomía del individuo, y en segundo lugar, el impacto social de los ordenadores, que opera bajo la innegable influencia de una obra de ficción, el 1984 de George Orwell. En lo que respecta además del modelo de protección de datos de la Europa continental, hay un tercer influjo, que es el recuerdo latente de los totalitarismos del siglo XX, sobre todo del nacionalsocialista, o más exactamente, el del rechazo visceral a los crímenes cometidos por ellos durante los años 30 y 40 de ese siglo. Y respecto a los detonantes, hemos identificado cinco: los proyectos de centralización de tratamientos de datos personales en el sector público; la intención de establecer números únicos de identificación; la realización de grandes censos estadísticos; la literatura alarmista; y el problema de la seguridad informática.

B) La preocupación jurídica por la intimidad

En primer lugar, la intimidad es indudablemente el caldo de cultivo en el que surge la protección de datos. Hay que insistir en que, en términos generales, la preocupación por las consecuencias del uso de los ordenadores está íntimamente relacionada en otra corriente más general de afirmación y defensa de la intimidad (“*privacy*”) frente a nuevas prácticas intrusivas o invasoras, propiciadas en buena parte por desarrollos tecnológicos. Así, por ejemplo, el que sin duda es el libro más importante del periodo, *Privacy and Freedom*, de Alan Westin (1967), se refiere a diversas modernas herramientas (“*tools*”) para invadir la intimidad: la vigilancia física directa, los dispositivos electrónicos avanzados de escucha y visualización, la realización de test psicológicos, y finalmente el tratamiento masivo automatizado de grandes cantidades de datos⁴⁸⁶. Hay que indicar que pocos años antes, esta clasificación cuatripartita no hubiera sido posible, porque la preocupación por el efecto de los ordenadores sobre la intimidad no había comenzado todavía. La última fase de la informatización, que es la digitalización, ha llevado a que todos los tratamientos de datos se realizan con la misma tecnología informática. Por eso, aunque la protección de datos en sus orígenes se refería únicamente a las actividades realizadas con ordenadores, en la actualidad

⁴⁸⁶ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., Parte II, p. 65-159. Es un enfoque común en aquellos años, vid. años después NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, op. cit., p. 86-109, en que hace una enumeración de técnicas intrusivas de la intimidad, de las que sólo una es el uso de ordenadores.

ha extendido su ámbito de aplicación a prácticamente todos los tratamientos de datos, que comparten las mismas características potencialmente peligrosas: rapidez de proceso, conservación ilimitada en el tiempo, acumulación y vinculación de unos datos con otros, etc. Sin duda ninguna, el contexto histórico principal del derecho de protección de datos es la preocupación jurídica por el derecho a la intimidad. En efecto, no es posible soslayar la importancia que el concepto de intimidad tiene en la historia de la protección de datos, ya que las primeras leyes de protección de datos surgen en unos años en los que se estaban tomando diversas medidas en todo el mundo occidental para proteger jurídicamente el derecho a la intimidad personal, en medio de un intenso debate sobre su naturaleza y límites. Prácticamente todos los textos fundacionales del derecho de protección de datos contienen una clara referencia a la defensa de la intimidad como propósito inspirador de las nuevas instituciones jurídicas. Es indiscutible que los conceptos de protección de datos e intimidad tienen, desde el origen de aquélla, una fuerte vinculación. Ya hemos mencionado cómo en los Estados Unidos surgió a mediados de la década de 1960 un intenso debate sobre las consecuencias de la revolución informática, debate que se prolongó durante muchos años posteriores y dio lugar a una temática muy reconocible que hemos denominado “*computers and privacy*” [ordenadores e intimidad]. Por ejemplo, dentro de las decenas de audiencias (“*hearings*”) que tuvieron lugar durante los años 60 y 70 en cada una de las cámaras del Congreso norteamericano acerca de la cuestión de la protección de la “*privacy*”, unas de las más destacadas se recopilaron volumen titulado *The Computer and Invasion of Privacy* [El ordenador y la invasión de la intimidad]⁴⁸⁷. En Reino Unido, la situación es muy parecida, si bien unos pocos años posterior en el tiempo. El *Younger Report*, de 1972, dedicó un capítulo a la problemática de los ordenadores⁴⁸⁸. Por su parte, el influyente libro de Sieghart publicado en 1976 se titulaba, precisamente *Privacy and Computers*, y su autor explica en la introducción que la obra se basa en el trabajo realizado para un Libro Blanco del Gobierno Británico aparecido un año antes, denominado en este caso *Computers and Privacy*⁴⁸⁹. En Europa continental también se ha reconocido desde el comienzo el papel central de la intimidad en el concepto de la protección de datos, aunque en este ámbito geográfico se ha entendido más frecuentemente que, además de la intimidad, otros derechos e intereses también estaban en juego. Así, en el Informe preparado en 1971 por un grupo de profesores para el Ministerio del Interior federal alemán acerca de las cuestiones fundamentales de la protección de

⁴⁸⁷ U.S. CONGRESS, *The Computer and Invasion of Privacy* (Washington, U.S. Government Printing Office, 1966).

⁴⁸⁸ YOUNGER, *Report of the Committee on Privacy*, op. cit., cap. 20, «Computers».

⁴⁸⁹ SIEGHART, *Privacy and computers*, op. cit., p. 2. El Libro Blanco aludido es: *White Paper: Computers and Privacy*, Cmnd 6353; H.M.S.O., 1975

datos, se analiza por extenso la operatividad del concepto de la “*Privatsphäre*” [esfera privada o intimidad] dentro del nuevo paradigma de la protección de datos⁴⁹⁰. La mayoría de leyes de protección de datos siguen teniendo en su exposición de motivos, su articulado o en el propio título de la norma, una mención específica a la intimidad como único o principal objeto de protección. También en España los textos legales van en parte por ese camino: así puede verse en la Exposición de Motivos de la derogada LORTAD y su artículo 1, o el propio artículo 1 de la LOPD, sin olvidar la ubicación sistemática del artículo 18.4 CE. Esta íntima conexión entre intimidad y protección de datos ha hecho pensar a muchos autores que la protección de datos es sólo la evolución lógica del derecho a la intimidad ante las nuevas amenazas tecnológicas, o bien una forma peculiar de proteger la intimidad frente al uso de la tecnología informática. Para estos autores, la protección de datos es únicamente un “*spin-off*” de la intimidad, es decir, una especie de derivado de un producto ya existente⁴⁹¹. Pero a nuestro juicio, este tipo de formulaciones son fundamentalmente ambiguas, ya que el concepto de intimidad es en sí mismo, como hemos visto, vago, inconcreto e inaprensible.

C) El impacto social de los ordenadores

La segunda gran influencia, es la del impacto social de los ordenadores. A nuestro juicio, es prácticamente seguro que un aspecto del temor a los ordenadores tiene que ver con la percepción social de este tipo de dispositivos –sobre todo en los comienzos de la informatización– como una fuerza misteriosa y oculta y a la vez perturbadora, como “*un monstruo todopoderoso que reina desde lejos, en su jaula de vidrio con temperatura controlada y sin polvo*”⁴⁹². Probablemente, el primer aldabonazo a la opinión pública occidental sobre las capacidades de los ordenadores fue la noche de las elecciones presidenciales americanas de 1952, en que un ordenador UNIVAC predijo ante las cámaras de la televisión nacional, con los primeros datos que llegaron de las urnas, que Eisenhower arrasaría por 438 votos electorales frente a 93. Mientras las encuestas de las principales casas demoscópicas daban unas previsiones mucho más ajustadas, el resultado final se

⁴⁹⁰ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 48 y s., 106-109.

⁴⁹¹ DE HERT, GUTWIRTH, «European Data Protection's constitutional project», *op. cit.*, p. 8. A título de ejemplo, citamos a dos autores particularmente contundentes en su expresión de esta idea, uno español, RUIZ MIGUEL, C. «En torno a la protección de los datos personales automatizados» *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 84, Abr.-Jun. 1994, p. 241-242, quien afirma que se trataría “*del mismo derecho a la intimidad auxiliado de nuevas técnicas y aplicado a un objeto nuevo, la informática*”; y otro extranjero (aunque no anglosajón). JÓRI, A., *Data protection law. An Introduction*, [en línea] (2006-2007), 2.6. “*the notion of data protection (...) is a legal protection which aims at the protection of the privacy of individuals...*”.

⁴⁹² FONT, J.M.; QUINIOU, J.C., *Las computadoras. Mitos y realidades* (Caracas, Tiempo Nuevo, 1970), p. 16-17, muy interesante librito, cuya primera edición francesa data de 1968.

acercó mucho a la predicción del ordenador⁴⁹³. A partir de entonces fue frecuente presentar los nuevos ordenadores como “*cerebros mecánicos*” (“*mechanical brains*”), aunque este tipo de expresiones ya se daban antes incluso de los ordenadores⁴⁹⁴. Es posible que alguna influencia haya podido tener en la percepción exagerada del poder de los ordenadores la temática propia de la ciencia ficción⁴⁹⁵. Pero en realidad, el tema clave aquí no es la inteligencia artificial y la rebelión de las máquinas contra sus fabricantes, ya que el miedo al ordenador en que consiste la protección de datos es, en realidad, el miedo a las personas que manejan los ordenadores y no a la futura actuación autónoma de éstos⁴⁹⁶. El

⁴⁹³ RODRÍGUEZ HERRERA, *Ceros y unos*, op. cit., p. 46.

⁴⁹⁴ «Mechanical Brains» *Life* (January 24, 1944), p. 66-67, en este caso para referirse a una especie de simbiosis entre hombre y máquina con fines militares.

⁴⁹⁵ Nos vale, a estos efectos, definición de SÁNCHEZ, G.; GALLEGU, E. «¿Qué es la ciencia-ficción?» *Sitio de ciencia-ficción* (2003), Año 17, Semana 877: “la ciencia ficción es un género de narraciones imaginarias que no pueden darse en el mundo que conocemos, debido a una transformación del escenario narrativo, basado en una alteración de coordenadas científicas, espaciales, temporales, sociales o descriptivas, pero de tal modo que lo relatado es aceptable como especulación racional”.

⁴⁹⁶ Esta orientación de la ciencia ficción aparece al menos desde la novela satírica de Samuel Butler *Erehwon* (1872). Se trata de un relato de corte utópico (el título es la transcripción al revés de “*no where*”, es decir, “ningún lugar” en inglés), que describe una civilización oculta en una zona remota de Nueva Zelanda, que tiene unas costumbres y leyes exactamente contrarias a las existentes en la cultura victoriana de la época. Una de ellas es la prohibición absoluta de las máquinas. Se narra en el libro cómo unos quinientos años antes de la llegada del protagonista, el partido “*antimaquinista*” se impuso en una guerra civil y ordenó destruir todas las máquinas del país, desde las más avanzadas a un simple reloj de pulsera. Y lo hicieron bajo la influencia de un llamado “*Libro de las máquinas*”, que se transcribe en los capítulos 23 a 25, donde se explica que las máquinas, inevitablemente, acaban llevando a tener autoconciencia de sí mismas y actuar autónomamente; cfr. BUTLER, S., *Erehwon o Allende las montañas* (Barcelona, Bruguera, 1982), el “Libro de las máquinas” en p. 233-266. Como recuerda FRANKLIN, H. «Computers in fiction», en RALSTON, A.; HEMMENDINGER, D.; REILLY, E. (ed.), *Encyclopedia of Computer Science* (Basingstoke and Oxford, Nature Publishing Group, July 2000), p. 705-708, las máquinas inteligentes aparecen en las historias de ciencia ficción desde comienzos del siglo XIX, sea en la forma de grandes calculadoras llenas de tubos y cables o en la de cerebros de robots de aspecto humanoide. En general, hay un agudo contraste entre los dispositivos del tamaño de un cerebro humano colocado en los robots antropomorfos y los gigantes ordenadores, del tamaño de edificios, o incluso de planetas. Hay que decir que, salvo honrosas excepciones, los autores de la ciencia ficción fracasaron completamente al no prever la revolución informática y la rápida transformación del mundo real que vino a partir de los años 60 del siglo XX. Y de hecho, ni siquiera después de la creación del ENIAC y de los primeros ordenadores electrónicos de propósito general, los escritores de ciencia ficción no pudieron adivinar hacia donde se dirigiría la informática, y muy especialmente se equivocaron en cuanto a las dimensiones y funcionalidades de los ordenadores. En su defensa se podría decir que cuando las máquinas más sofisticadas funcionaban con tubos de vacío y transistores, resultaba prácticamente imposible imaginar de lo que serían capaces los circuitos integrados, y la miniaturización y ubicuidad de la tecnología a que han dado lugar; cfr. RODRÍGUEZ YAGUE, M. «1956- PUERTA AL VERANO - Robert A. Heinlein» *Un Universo de Ciencia Ficción* (19 de marzo de 2014), en RODRÍGUEZ YAGUE, *Un Universo de Ciencia Ficción*, [Blog en línea] (2009-). La informatización acelerada estimuló la creatividad de los autores de este género, que comenzaron a tratar este tema mucho más a menudo, “*humanizando*” a los ordenadores por la vía de proporcionarles un cerebro y capacidades intelectivas; cfr. SEED, D. «The Brave New World of Computing in Post-war American SF», en BLAZEK, W.; GLENDAY, M.K., *American Mythologies* (Liverpool, Liverpool University Press, 2005), p. p. 168-201. Un excelente ejemplo lo tenemos con el ordenador neurótico *HAL 9000* en la película de ciencia ficción *2001: Una odisea del espacio* (1968), que consciente que va a ser desconectado toma el control de la misión y se rebela contra los humanos, asesinando a uno de ellos. La película se rodó y exhibió, por cierto, en plena ebullición de la preocupación

aspecto clave aquí es la visión de una sociedad futura en que, gracias a los adelantos tecnológicos, la facción en el poder puede tener un conocimiento exhaustivo de todas las circunstancias personales de los habitantes del territorio, sus actividades, e incluso sus pensamientos. En una sociedad así no tiene cabida el respeto a la intimidad, e inevitablemente, habrá una deriva hacia el totalitarismo, de forma completa o parcial. En los albores de la revolución informática se asoció esta sociedad distópica a la tecnología de los ordenadores, con la consecuencia de que dejó de verse esta estructura totalitaria como utópica y realizable sólo en tiempos lejanos cuando las condiciones sociales, científicas o tecnológicas quedaran notablemente alteradas, sino como una posibilidad real a muy corto plazo, e incluso como algo que ya está sucediendo.

En este sentido, es clave la influencia de la obra de George Orwell *1984*, que podemos considerar indistintamente como obra de ciencia ficción⁴⁹⁷, novela fantástica u obra de teoría política. Sin exageración ninguna, la publicación de *1984* de Orwell es un acontecimiento decisivo en la génesis de la protección de datos. El libro fue publicado por la editorial londinense *Secker & Warburg* el 9 de junio de 1949, en dos ediciones simultáneas británica y americana⁴⁹⁸, bajo el título *Nineteen Eightyfour* (aunque nosotros usaremos la expresión numérica *1984*, que es como se ha traducido normalmente en lengua castellana). Desde su publicación, *1984* fue un absoluto éxito de crítica y público. En julio de 1949, sólo un mes después de su publicación, el libro había recibido alrededor de sesenta críticas en revistas americanas. El 90% de ellas fueron extraordinariamente elogiosas, haciendo surgir un aplauso atronador y casi unánime. Fue, sin duda, y sigue siendo hasta hoy, uno de los libros más importantes de la literatura en lengua inglesa después de la Segunda Guerra Mundial, si no el que más⁴⁹⁹. Tan tempranamente como en 1954 un serial televisivo de la BBC, exhibió una representación de su argumento, difundiendo más entre la opinión pública el oscuro mensaje de la obra.

por la intimidad: *2001: Una odisea del espacio* (dir. y guión: Stanley KUBRICK, sobre un relato de Arthur C. CLARK), Estados Unidos, Metro-Goldwyn-Mayer, 1968, 160 minutos. Título original: *2001: A Space Odyssey*. Muchas historias del género presentan a los ordenadores tomando el control de nuestras vidas, lo que sin duda contribuyó a fomentar el miedo al ordenador, e incluso motivó la respuesta irónica de algunos otros escritores de la ciencia-ficción: ASIMOV, I. «The Life and Times of MULTIVAC» *New York Times* (5 January 1975).

⁴⁹⁷ FERRERAS, J., *La novela de ciencia-ficción* (Madrid, Siglo XXI, 1972), p. 226, considera a Orwell como un clásico de la ciencia ficción, no sólo en el *1984*, sino también en *Rebelión en la granja*. Con toda rotundidad a este respecto RODRÍGUEZ YAGUE, M. «1949- 1984 - George Orwell (y 2)» (31 de Mayo 2014) en RODRÍGUEZ YAGUE, *Un Universo de Ciencia Ficción, op. cit.*, quien aporta dos razones fundamentales para ello: porque la trama argumental se desarrolla en el futuro y porque integra inventos avanzados que no existían cuando se escribió, si bien reconoce que el modelo que sigue no es la fábula tecnológica de las revistas “*pulp*” norteamericanas de la primera mitad del siglo XX, sino más bien la sutil y profunda ciencia ficción europea de la misma época.

⁴⁹⁸ MEYERS, J., *Orwell* (Barcelona, Vergara, 2002), p. 337 y 340.

⁴⁹⁹ HUBER, P., *Orwell's Revenge* (New York; Ontario, The Free Press/Macmillan, 1994), p. 1.

El libro ha sido traducido a decenas de lenguas extranjeras. El número de ejemplares impresos de cada una de sus ediciones da cuenta de la enorme difusión del libro, que además ha sido potenciada por programas de televisión y películas que reproducen su argumento. El éxito comercial del libro ha sido inmenso, incluso hoy mismo, en que se sigue reeditando constantemente.

Nadie, creemos, puede negar la importancia de este libro en la configuración de la protección de datos. Sería una tarea casi imposible indicar todas las obras doctrinales relativas a protección de datos personales o defensa de la intimidad en un contexto tecnológico en las que se cita esta obra de Orwell. Pero al menos podremos decir que encontramos una referencia, que va más allá de la simple cita erudita o anecdótica, en todos los grandes clásicos de la literatura de la protección de datos, obras cuya lectura sigue siendo interesante después de tantos años, que han tenido una ascendencia en otros autores, y que han influido en la configuración de este sector del ordenamiento jurídico⁵⁰⁰. Hay otros muchos libros que toman “1984” o el “*Gran Hermano*” como título, y no sólo en la literatura de protesta de la intimidad, que luego veremos⁵⁰¹. No nos olvidamos tampoco de aquellas obras dedicadas a Orwell, o que colocan una cita suya al comienzo⁵⁰². Por supuesto, la figura de Orwell y el 1984 han sido comentados hasta la saciedad, incluyendo a algunos de los más prestigiosos críticos literarios nuestros días⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Vid., entre otros, WESTIN, A., *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 3, 59, 66, 196, 210, donde se pregunta qué hubiera dicho Orwell (“... what George Orwell would have said...”.) respecto a las mejoras en las tecnologías de vigilancia directa, 229, 302, 314, etc.; SIEGHART, *Privacy and computers*, op. cit., p. 83, 137; MILLER, *The Assault on Privacy*, op. cit., p. 39, quien afirma que hace apenas 10 años la obra de Orwell, o la de Huxley, se podía considerar como una exagerada obra de ciencia ficción, pero ciertos acontecimientos notorios, y la conciencia que tenemos cada uno de nosotros acerca de la gran cantidad de datos personales que maneja la administración, junto con la aparición de los ordenadores, hacen que ahora la situación sea diferente; HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit., p. 3, que piensa que el escenario descrito por Orwell ha llegado a ser destacadamente cercano a nuestros días, aunque para él lo más destacado es el Apéndice al libro (Los principios de la NeoLengua), como la persecución de palabras y pensamientos, sus valores binarios (bueno y malo) y su rechazo de los elementos que no cuadran en el sistema; mencionamos también el Informe encargado por el Ministerio del Interior federal alemán sobre las cuestiones fundamentales de la Protección de datos, y que sirvió para justificar la aprobación de la primera ley federal “omnibus”, ALEMANIA. *Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) Vom 27 Januar 1977*, cit.: STEINMÜLLER et alii, *Grundfragen des Datenschutzes...*, op. cit., p. 37, 197 y 201.

⁵⁰¹ Entre muchos, FLAHERTY, *Nineteen Eighty-Four and after*, op. cit.; THOMPSON, A., *Big Brother in Britain Today* (London, Michael Joseph, 1970); WILL, I., *The Big Brother Society* (London, Harrap, 1983); KIRWAN, N., *Big Brother* (London, Pocket Issue Limited, 2008); CLARK, R. *The Road to Big Brother* (New York, Encounter Books, 2009).

⁵⁰² Por ejemplo, ARENAS RAMIRO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, op. cit.

⁵⁰³ Aparte de las que citamos en otras partes del texto, pueden verse VOORHEES, R. J., *The Paradox of George Orwell* (Indiana, Purdue U. Studies, 1961); THOMAS, E. M., *Orwell* (Edinburgh & London, Oliver & Boyd, 1965); CALDER, J., *Chronicle of Conscience: A Study of George Orwell and Arthur Koestler* (London, Secker & Warburg, 1968); LEE, R. A., *Orwell's Fiction* (London, Univ. of Notre Dame Press, 1969); OXLEY, B.T., *George Orwell* (London, Evans Brothers, 1976); STEINHOFF, W. G., *Orwell and*

Obras académicas solventes, como la de David Lyon, reconocen el influjo de Orwell en la creación de una cultura de sospecha ante la vigilancia⁵⁰⁴.

Justo en el momento previo a la revolución informática, que Orwell por cierto no previó, como la inmensa mayoría de autores de ciencia ficción, fue decisiva la aparición de su obra. Con unos fundamentos tecnológicos discutibles, sin embargo, el planteamiento que hace llama directamente al corazón de los temores de los hombres del siglo XX. Y es que la sociedad distópica que plantea no transcurre en un futuro de muchos siglos o milenios, ni en otro planeta lejano, sino en un gris y triste Londres no muy diferente al de la Segunda Guerra Mundial y la inmediata posguerra, con unos avances tecnológicos bastante limitados, y sólo treinta seis años después del momento en que fue escrita. Aunque es sabido que la fecha en que transcurre la trama es un artificio literario (Orwell cambió de orden los dos últimos dígitos de la fecha en que estaba escribiendo, 1948, para transmutarla en 1984), la elección de ese año tiene una fuerza retórica impresionante, porque al lector anterior a esta fecha emblemática le daba a entender que esa sociedad totalitaria estaba a punto de llegar, y al lector posterior le sugiere que ya está viviendo en ella de un modo misterioso pero real, lo que da a la obra un tono mucho más dramático. No es de extrañar, pues, que en el año 1984 proliferaran los congresos, simposios y estudios doctrinales sobre esta obra⁵⁰⁵.

Aunque esta interpretación sea en realidad discutible⁵⁰⁶, 1984 casi siempre se ha entendido como una descripción utópica negativa de lo que puede ocurrir con el abuso de las tecnologías de la información dedicadas a la vigilancia. Quizá la razón de ello esté en la permanente presencia de las telepantallas (“*telescreens*” o

the Origins of 1984 (Ann Arbor, Mi, University of Michigan Press, 1976); BOLTON, W.F., *The Language of “1984”* (Oxford, Blackwell, 1984); FYVEL, T.R., *George Orwell: Vida y literatura* (Barcelona, Alfa, 1984); SANDISON, A., *George Orwell: After 1984* (London, Macmillan, 1986); REILLY, P., *George Orwell: The Age's Adversary* (London, Macmillan, 1988); HITCHENS, C., *La victoria de Orwell* (Barcelona, Emecé, 2003); BLOOM, H., *George Orwell* (New York, Chelsea House, 2007).

⁵⁰⁴ LYON, D., *El ojo electrónico* (Madrid, Alianza Editorial, 1995), p. 87-93.

⁵⁰⁵ Sólo en España pueden citarse GARCÍA GUAL, C.; GARCÍA COTARELO (eds.), R., *Orwell: 1984* (Madrid, Espasa-Calpe/UNED, 1984); LEWIS, P., *George Orwell: el camino a 1984* (Barcelona, El Nuevo Arte Thor, 1984); TAMAMES, R., *Utopía y contrautopía: Diez claves para 1984* (Barcelona, Plaza & Janés, 1984).

⁵⁰⁶ En este sentido, opinan por ejemplo, que en realidad la novela es una crítica feroz y desesperanzada contra el estalinismo soviético, ESCOBAR, J. «El hombre que no se quiso callar», en GARCÍA GUAL; GARCÍA COTARELO, *Orwell: 1984, op. cit.*, p. 21-47 y FUSI, J. P. «Orwell: El camino hacia 1984», en GARCÍA GUAL; GARCÍA COTARELO, *Orwell: 1984, op. cit.*, p. 83-106, con notable contundencia: “*hay algo que 1984 no fue ni es: la utopía negra de la pesadilla tecnológica del mundo moderno. Entenderlo así, como a veces interesadamente se pretende sería el último agravio –y el más cruel de ellos– que cabría hacer a la memoria y a los esfuerzos de su autor, de George Orwell*”. A nuestro juicio es muy significativo que la reacción a la publicación de 1984 por parte de los comunistas fuera enormemente crítica, en agudo contraste con la general aceptación de la obra: MEYERS, *Orwell, op. cit.*, en p. 27, la crítica del *Pravda* y en p. 274 la de los comunistas americanos.

“screens”). Según Huber, la telepantalla es el concepto clave de la novela: mientras que la telepantalla es mencionada un total de 119 veces, el propio “*Gran Hermano*” sólo aparece 79 veces en el libro⁵⁰⁷. Otra causa de la interpretación dominante puede ser la indudable influencia de otra novela de ciencia-ficción, el *Nosotros* del ruso Yevgueni Zamiatin, publicada en Londres en 1921, donde aparecen elementos que luego se incorporarán al imaginario de la protección de datos⁵⁰⁸. Esta novela narra una sociedad futura gobernada por un Estado único, a cuyo frente está un llamado “*Benefactor*”; la gente no tiene nombre, sino que se la conoce por un número; todo está regido, hasta extremos inverosímiles, por un rígido horario y un completo cientifismo social; se hace lo constante de la ciencia y los números, que sustituyen de alguna forma a la religión; la gente vive y trabaja en casas y oficinas de vidrio, donde nada está oculto; no hay familias ni parejas estables, de modo que cuando se quieren tener relaciones sexuales se escoge un compañero o compañera y entonces si se permite bajar las ventanas; hay una completa anulación de la personalidad y la individualidad, que se sumergen en la colectividad; todos están educados para carecer de sentimientos y para funcionar como partes robotizadas de un engranaje perfecto⁵⁰⁹.

En cualquier caso, es indudable que la posibilidad real de que una sociedad como la descrita por Orwell llegue a darse, o que incluso ya se esté produciendo en alguna forma, es una firme creencia de muchos de nuestros contemporáneos. La motivación profunda de todos los defensores de la protección de datos, ya se trate

⁵⁰⁷ HUBER, *Orwell's Revenge*, op. cit., p. 23.

⁵⁰⁸ Orwell conocía la obra, porque hizo público un artículo en 1946, en pleno proceso de gestación del *1984*, comentando la influencia de la misma en *Un mundo feliz* de Huxley. Algunos autores como Isaac Deutscher han insistido especialmente en este aspecto: DEUTSCHER, I., *Heretics and Renegades and Other Essays* (London, Hamis Hamilton, 1955), «1984: The Mysticism of Cruelty», p. 35-50. Como afirma García Cotarelo, la relativa similitud de la ambientación de los argumentos avala este planteamiento, GARCÍA COTARELO «Zamiatin, Huxley, Orwell: La Antiutopía», op. cit., p. 111. En ambos casos, hay una sociedad futura dominada por un Estado totalitario de corte socialista, en que hay una intensiva vigilancia de cada ciudadano en condiciones de absoluta falta de intimidad y absolutamente todo, incluyendo el adoctrinamiento constante y la explicación de la historia, está dominado por el partido. Pero otros en cambio han negado una fuerte influencia, basándose en que Orwell no parecía tener en gran estima a la obra de Zamiatin y a que, por ejemplo, el propio Huxley negó su influencia en su propia obra. Sin embargo, a nuestro juicio, la mera lectura de las dos obras convence de que *1984* se inspiró en alguna medida en *Nosotros*, aunque evidentemente está lejísimos de ser un plagio, ya que el autor aporta una visión propia completamente original.

⁵⁰⁹ Según Figes, buena parte de la inspiración de la obra vino de características propias de sociedad soviética de los años 20. Por aquella época se diseñan nuevas viviendas para alcanzar la transformación de la mentalidad burguesa. Los arquitectos más radicales, miembros de la Unión de Arquitectos Contemporáneos, impulsan una anulación completa de la esfera privada. Construyendo casas comunales, donde toda propiedad “incluyendo la ropa interior, sería compartida por los habitantes, las tareas domésticas para cocinar o cuidar a los niños se asignarán a equipos rotativos y todos dormirían en un dormitorio grande, separados por género, con cuartos privados para mantener las relaciones sexuales”; Cfr. FIGES, O., *El baile de Natacha* (Barcelona Buenos Aires, Edhasa, 2006), p. 534. Una edición española en ZAMIATIN, Y. I., *Nosotros* (Barcelona, Seix Barral, 1972).

de estudiosos, activistas, legisladores, o miembros de organismos reguladores, parece ser la de impedir el advenimiento de la distopía narrada por Orwell o el “*Gran Hermano*”, metonimia frecuentemente usada que describe el conjunto del sistema totalitario del futuro por una de sus partes. El adjetivo “*orwelliano*” ha quedado como palabra evocadora de una situación de pesadilla que hay que evitar⁵¹⁰. Pero más que eso, la obra de Orwell forma parte del imaginario colectivo de los hombres contemporáneos. Seguramente no es exagerada la afirmación de Huber de que nadie que haya leído el libro puede pasar una semana sin recordar sus planteamientos de un contexto u otro. Incluso quienes no están de acuerdo con él, no dejan de citarlo inconscientemente. Y es que la mejor prueba de lo profundo que ha calado la obra en la mentalidad contemporánea es la existencia de algunas palabras o expresiones de uso asentado (“*Gran Hermano*”, “*Policía del Pensamiento*”, “*Neolengua*” “*Doblepensar*”, “*Control de la realidad*”), que antes de 1984 sencillamente no existían. En definitiva, nuestro tiempo transcurre bajo la “*sombra de Orwell*”⁵¹¹.

D) El recuerdo de abusos de la información personal durante los totalitarismos.

Otro influjo indudable en el modelo europeo de protección de datos ha sido la terrible época de los totalitarismos, llena de atrocidades, con su trágica culminación en la Segunda Guerra Mundial. Tanto nacionalsocialistas como comunistas soviéticos, por limitarnos aquí a los dos regímenes totalitarios más importantes, hicieron uso intensivo de la información personal para sus propósitos criminales, sin el más mínimo respeto a unos principios equiparables a lo que hoy entendemos protección de datos. La experiencia de aquellos años muestra que el tratamiento de lo que hoy llamamos ciertos datos sensibles o especialmente protegidos –la raza, las enfermedades, la religión, la ideología o las opiniones políticas– constituyen no sólo una vulneración de la intimidad de las personas, sino también una herramienta extraordinariamente útil para seleccionar los grupos de personas que pueden ser privadas de libertad, vejadas o asesinadas, si la organización estatal que maneja esa información tiene una inspiración totalitaria o criminal en su forma de actuar. Aunque su importancia práctica ha sido discutida, estos regímenes se sirvieron ya de tecnologías avanzadas de tratamiento masivo de información personal para llevar a cabo actividades represivas o criminales a gran

⁵¹⁰ HUBER, *Orwell's Revenge*, op. cit., p. 2.

⁵¹¹ SHATTUCK, J. «In the Shadow of 1984» *A Journal of Communications and Entertainment Law* (1984), Vol 35, Issue 6, p. 991-1005.

escala⁵¹². La clara conciencia del peligro que conlleva el abuso de la información personal se ha trasladado a muchos textos normativos desde una época temprana del desarrollo de la protección de datos, en los que aparece más o menos expresamente que el objeto de la normativa especial es la protección en general de los derechos del individuo, lo que incluye los más básicos como la vida, la integridad corporal, la igualdad esencial entre todos los seres humanos o la prohibición de torturas, tratos degradantes o inhumanos. Por eso, no es una casualidad que la nueva legislación de protección de datos surgiera precisamente en Europa occidental y más concretamente, en Alemania. Tampoco lo es que en los países anglosajones, que no sufrieron dictaduras totalitarias, esta legislación siempre haya tenido un carácter muy distinto. En la doctrina se ha expresado a menudo esta cuestión como una de las razones de la divergencia entre países

⁵¹² Ha habido una cierta polémica historiográfica sobre el alcance efectivo de los tratamientos de datos personales realizado por el régimen nazi a través de tecnologías avanzadas (en aquel momento) de la información, y específicamente, de máquinas de tarjetas perforadas. La publicación de la obra ALY, G.; ROTH, K.H., *Die restlose Erfassung* (Berlin, Rotbuch-Verlag, 1984), abrió una perspectiva nueva en los estudios sobre el terror nazi y el holocausto. En esencia, este libro sostiene que en la historia de las atrocidades cometidas por los nazis, un aspecto muy relevante es el del uso de la tecnología de tarjetas perforadas inventada por Herman Hollerith a finales del S. XIX, que había sido constantemente perfeccionada a lo largo de todos esos años, de modo que en los años 30 y 40 del siglo XX tenía ya un avanzado nivel de desarrollo. Se publicó una segunda edición aumentada en el año 2000: ALY, G.; ROTH, K.H., *Die restlose Erfassung* (Frankfurt am Main, Fischer-Taschenbuch-Verl., 2000); y sobre ésta se hizo una traducción inglesa, que es la que hemos consultado: ALY, G.; ROTH, K.H., *The Nazi census* (Philadelphia, Temple University Press, 2004. Con matices, pero en la misma línea básica, se mueven otros estudios como los de LINDNER, R.; WOHAK, B.; ZELTWANGER, H., *Planen, entscheiden, herrschen* (Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1984); ZELTWANGER, H. «Geschichte der Datenverarbeitung - Planen und Herrschen» LOG IN (1985), 5, Heft 4, p. 12-17; LUEBKE, D.; MILTON, S. «Locating the Victim» IEEE Annals of the History of Computing, 1994, N° 16, vol. 3, p. 25-39; SELTZER, W. «Population Statistics, the Holocaust, and the Nuremberg Trials» *Population and Development Review* (1998), Vol. 24, Issue 3, 511-552, p. 537-538. Sobre todo, BLACK, E., *IBM and the Holocaust* (New York, Crown, 2001), cuya edición española, que hemos consultado, es del mismo año: BLACK, *IBM y el Holocausto*, op. cit., que defiende que sin el uso de esta tecnología de la información, el exterminio de los judíos y otros grupos no podría haberse llevado con la eficacia y rapidez que lo hizo. En cambio, han desafiado esta visión otros estudios como HEIDE, L. «IBM Technology and the Third Reich», en JENSEN, B., *Genocide* (Copenhagen, The Danish Center for Holocaust and Genocide Studies, 2003), p. 283-292; HEIDE, L. «Review to Edwin Black, IBM and The Holocaust: The Strategic Alliance between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation, Crown Publishers, New York, 2001, \$27.50, 528 pp., ISBN 0-609-60799-5», *IEEE Annals of the History of Computing* (April-June 2002), Vol. 24, No. 2, p. 94; KISTERMANN, W. «Locating the Victims» *IEEE Annals of the History of Computing* (1997), N° 19, vol. 2, p. 31-45. Por su parte WIETOG, J., *Volkszählungen unter dem Nationalsozialismus* (Berlin, Duncker und Humblot, 2001), en un completo estudio sobre los censos bajo el nacionalsocialismo ha determinado que durante la Alemania nazi parece demostrado que se vulneró gravemente el secreto estadístico (aunque la existencia de una obligación jurídica clara al respecto esté en entredicho) y que determinada información personal que había sido recabada con finalidades estadísticas pudo acabar en manos de la Gestapo y otros organismos nazis involucrados en la política racial. Pero al mismo tiempo considera exagerados los planteamientos de Aly y Roth sobre que toda la información proviniera de datos censales, indicando que los organismos de seguridad del Reich disponían de muchas fuentes de información, y que se valieron de todas ellas para elaborar las listas de deportación a los campos de exterminio.

europeos continentales y anglosajones, sobre todo con los Estados Unidos, en sus concepciones de la protección de datos⁵¹³

De aquí acaba derivando creencia de que democracia y protección de datos están unidos indisolublemente, de modo que no puede existir la una sin la otra, y que el contenido esencial de la protección de datos es irrenunciable. Luego hay aspectos de detalle que también parecen venir de este origen, como el régimen especial acerca de los datos especialmente protegidos (que comprende, no por casualidad, raza, religión, salud e ideología política). Pero también deriva de aquí el propio principio de legitimación del tratamiento, tan vinculado a la finalidad y pertinencia propias del principio de calidad de datos, y que es, a nuestro juicio, el elemento

⁵¹³ Vid. GANLEY, O.; GANLEY, D., *To Inform or to Control?* (New York, McGraw Hill, 1982); las conclusiones de un congreso internacional sobre protección de datos, donde asistieron tanto europeos como americanos afirman textualmente que “one of the prime motives for the creation of data protection laws in continental Europe is the prevention of the recurrence of experiences in the 1930s and 1940s with the Nazi and Fascist regimes”, FLAHERTY, D., *Nineteen Eighty-Four and after* (London, Ontario, University of Western Ontario, 1984), p. 5; FLAHERTY, D., *Protecting Privacy in Surveillance Societies* (Chapel Hill/London, University North Carolina Press, 1989), p. 306 y 373-74, que dice expresamente “European data protection laws include the hidden agenda of discouraging a recurrence of the Nazi and Gestapo efforts to control the population, and so seek to prevent the reappearance of an oppressive bureaucracy that might use existing data for nefarious purposes. This concern is such a vital foundation of current legislation that it is rarely expressed in formal discussions. This helps to explain the general European preference for strict licensing systems of data protection”, subrayado nuestro; también del mismo autor, MALL, L. «The Right to Privacy in Great Britain» *ILSA Journal of International and Comparative Law* (Spring 1998), p. 785-805; DAVIES, S. «Re-engineering the privacy right: How privacy has been transformed from a right to a commodity», en AGRE, P.; ROTENBERG, M., (ed.), *Technology and Privacy* (Cambridge, MA, MIT Press, 1998), 143-165, p. 145: “In Europe, those who had experienced Nazi occupation were not inclined to trust the idea of centralized databases”; SWIRE, P. «Financial Privacy and the Theory of High-Tech Government Surveillance» *Washington University Law Quarterly* (1999), Nº 77, 461- 512, p. 495 y 505; SAMUELSON, P. «Privacy As Intellectual Property? *Stanford Law Review* (Mayo 2000), Nº 52, 1125-1173, p. 1143-1444: “Europeans have more of a civil libertarian perspective on personal data protection in part because of certain historical experiences they have had. One factor that enabled the Nazis to efficiently round up, transport, and seize assets of Jews (and others they viewed as “undesirables”) was the extensive repositories of personal data available not only from public sector but also from private sector sources. Europeans may realize more than most Americans the abusive potential for reuses of personal data that may initially have been provided to a particular entity for a specific, limited purpose”; DURKIN, T.; STATEN, E., *The impact of public policy on consumer credit* (Norwell, Mass., Kluwer Academic Publishers, 2002), p. 36: “in the area of privacy, American public policy is being driven now by the cultural experience of Europe during the Second World War. That experience caused a concern about privacy to develop in European nations to a degree we do not have in this country” [cita de Griffith L. Garwood, antiguo miembro del Consejo de Gobierno de la Reserva Federal]; SANTOLLI, J. «Terrorist Finance Tracking Program» *George Washington International Law Review* (2008), Vol. 40, 553-582, p. 566: “Commentators claim that the motivation for viewing data privacy as a fundamental right originates from the Continent’s memory of Nazi Germany and other totalitarian regimes that used personal information to identify individuals as members of disfavored groups and then persecute them”. Pero no solamente defienden esta opinión autores del ámbito anglosajón, sino también algunos del ámbito europeo continental: KILIAN, W. «Germany», en RULE, J.; GREENLEAF, G., *Global Privacy Protection* (Cheltenham, UK; Northampton, M.A., USA, Edward Elgar, 2010), 80-106, p. 84, menciona expresamente a los tratamientos de datos personalmente realizados manualmente en papel durante la Segunda Guerra Mundial como parte de la génesis de la legislación alemana de protección de datos. Y una referencia esencial aquí, el libro de HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit., p. 187, explica algunas peculiaridades de las normas sobre seguridad informática emanadas por el Gobierno holandés en 1975, como consecuencia de la reciente historia vivida en Holanda bajo la ocupación alemana.

clave más distintivo de los modernos regímenes de protección de datos. Uno de los actos más radicalmente contrarios a los principios esenciales protección de datos es la acumulación sistemática de datos sobre una persona, sin ninguna finalidad explícita y determinada, lo que los servicios de seguridad del nazismo y del comunismo soviético llevaban a cabo sin ningún recato. Y desde luego, hay algunos elementos peculiares de las actuales legislaciones de protección de datos que sólo se pueden explicar por el recuerdo negativo de los actos cometidos por los nazis cuando ocuparon los países de Europa: por ejemplo, como veremos, la ley danesa “*omnibus*” de protección de datos establece que se tomarán medidas de seguridad especiales sobre los datos del sector público que puedan ser de especial interés para potencias extranjeras, para que en caso de guerra o de situaciones similares, puedan ser borrados o eliminados, norma que puede razonablemente ser interpretado como un deseo de impedir situaciones que se dieron durante la ocupación nazi del país. De hecho, casi podría decirse que, de haber existido normas de protección de datos, y de haber sido éstas respetadas (lo que hubiera implicado la vigencia de un auténtico Estado de derecho), la persecución de grupos étnicos, políticos o religiosos no hubiera podido darse, o no se hubiera dado con la eficacia despiadada que lo hizo. Aly y Roth indican en la introducción de su libro, que la razón que les movió a realizar su investigación sobre los censos y otros registros de personas llevados a cabo en los tiempos del nacionalsocialismo fue el orgulloso comentario de Martín Hirsch, entonces juez emérito del *BverfG*, en un seminario sobre los crímenes del nazismo contra la humanidad, acerca de cómo éste tribunal había anulado ciertos aspectos del censo alemán de 1983⁵¹⁴. De hecho, todos los jueces del *BverfG* que dictaron la “*Volkszählungsurteil*”, nacieron en la década de 1920 (menos uno) y conocieron personalmente el régimen nazi y sus actividades represivas. En definitiva, conforme a lo que acabamos de decir, la protección de datos sería uno más de los mecanismos jurídico-institucionales cuya aparición en la segunda posguerra mundial se debe a una reacción, aún no explicitada, contra todo lo vivido entre 1914 y 1945. Pero hay que señalar la importante diferencia de que hubieron de pasar más de veinticinco años, y esperar a que se produjera la revolución informática, para que surgiera la necesidad social del derecho de protección de datos.

E) Los detonantes de la aprobación de las primeras leyes

Bennett precisa que el problema de la protección de datos llegó a la agenda política no a través de un miedo abstracto a la informatización masiva, sino como consecuencia de casos concretos de abuso que se habían percibido, sobre todo la realización de censos masivos en el sector público o el tratamiento de datos de

⁵¹⁴ ALY, G.; ROTH, K-H., *The Nazi census* (Philadelphia, Temple University Press, 2004), p. 8.

algunos modos especialmente invasivos. De este modo, para este autor, -o también para Bygrave, que emplea la misma palabra⁵¹⁵- ha habido unos “*catalizadores*” específicos de la aparición de la legislación de protección de datos en cada país, si bien en cada uno de ellos dichas circunstancias provocadoras han sido, en verdad, muy similares.

Según Bennett, la aparición de esta problemática (que él considera, de acuerdo con el enfoque de su obra, un problema regulatorio o “*policy problem*”) deriva de varios motivos casi simultáneos: los proyectos de numerosos gobiernos de los países desarrollados de crear grandes centros de procesos de datos, o de centralizar los tratamientos de datos del sector público para unificar en un sistema toda la información personal de relevancia administrativa; los proyectos gubernamentales en varios países desarrollados de crear un número único de identificación; la realización de censos periódicos, que en los años de la posguerra provocaron un fuerte rechazo en muchos países avanzados; y finalmente, la literatura alarmista. A nuestro juicio hay un quinto detonante, y es el problema de la seguridad informática. Pero estos factores son, sin excepción, posteriores a la aparición de la propia protección de datos. Son simplemente, detonantes de una acción legislativa, movida por consideraciones políticas, en un contexto que ya estaba claramente orientado hacia la protección de datos. Hay además una significativa coincidencia entre las situaciones de varios países desarrollados.

En cuanto a los proyectos de centralización de tratamientos de datos personales, din duda el más influyente fue el asunto del *National Data Center*, del Gobierno federal americano. El *Social Science Research Council* propuso el establecimiento de este centro nacional de proceso de datos para optimizar recursos y centralizar todos los tratamientos de datos personales llevados a cabos por el sector público. El anuncio provocó la convocatoria inmediata de audiencias tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado, donde se pudo percibir una cerrada oposición al proyecto. En realidad se produjo un tremendo choque entre la propuesta, y la imagen ya asentada en muchos ciudadanos y legisladores, acerca de los peligros totalitarios que se podrían producir con la acumulación de tantos datos. El proyecto fue definitivamente desechado pocos años después⁵¹⁶. Todo el episodio ha sido considerado, con toda razón, como la más temprana importante victoria de los defensores de la ζ +, y como una manifestación del mismo espíritu que pocos años después animaría las legislaciones de protección de datos. Por la misma época, en 1961 comenzó a operar el fichero informático del “*National Driver Register*” cuyo objetivo era proveer a unos Estados con información sobre la

⁵¹⁵ BYGRAVE, *Data Protection Law*, op. cit., cap. 6, p. 93 y s.

⁵¹⁶ REGAN, *Legislating Privacy*, op. cit., p. 71-73; WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 317-320.

revocación de permisos de conducir hechos por en otros Estados. También se vio como potencialmente peligroso la puesta en funcionamiento en Enero de 1967 del *National Crime Information Center*, fichero controlado por el FBI que contaba con información acerca de coches, armas y otros objetos robados, así como personas buscadas y fugitivos⁵¹⁷; la información se podía obtener a través de una de las primeras red de ordenadores interconectados por líneas de telecomunicaciones, que para 1971 ya tenía integradas a los sistemas de información de las policías de todos los estados federados. Finalmente, cabe comentar que, como veremos en su momento, en otros países como Suecia y Francia se dieron circunstancias parecidas inmediatamente antes de que se aprobaran sus respectivas leyes de protección de datos.

Respecto a los números identificadores únicos, fueron un tema muy candente durante los años iniciales de la informatización, ya que se pensaba que podían vincular fácilmente distintas informaciones a la misma persona y materializar el gran temor de que, simplemente pulsando una tecla se reunirían toda la multitud de datos dispersos relativos al mismo sujeto, haciendo posible construir una imagen completa de cada uno de nosotros. Así se explican las prevenciones contra este número único que se encuentran en el ámbito de la protección de datos, sobre todo inicialmente. Hay una previsión constitucional sobre esto en el artículo 35.5 de la vigente Constitución Portuguesa, que ya figuraba en la versión inicial de este texto. El artículo declara sin ambages no podrá atribuirse dicho número a ningún ciudadano: “*É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos*”⁵¹⁸. Estos números, que se vienen usando en algunos países como Suecia nada

⁵¹⁷ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 167

⁵¹⁸ PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa*, cit.), Ecos en España de la polémica sobre el número único pueden verse en MARTÍN PALLÍN, J.A. «Constitucionalidad del número de identificación único» *Jueces para la democracia* (Noviembre 1988), Número 33, p 7-17, con referencias a la situación en Portugal, Reino Unido y Alemania; BELLO PAREDES, S. A. «El número de identificación fiscal», en DAVARA, M.A. (Dir.), *Encuentros sobre Informática y Derecho: 1990-1991* (Pamplona, Facultad de Derecho ICADE., 1992), p. 161-170, especialmente, p. 169-170, que afirma que el artículo 113 de la Ley General Tributaria, en redacción dada por la Ley de presupuestos generales del Estado para 1988 (BOE 24 de diciembre de 1987), es fundamentalmente inconstitucional entendido como una habilitación general e ilimitada a la administración para que regule el uso del Número de Identificación Fiscal (NIF) para acabar expresando un temor a que el NIF sea el comienzo de “*la aplicación de técnicas autoritarias de naturaleza cibernética para el control de las sociedades*”, a través de las cuales el “*Hermano Grande*” habrá entrado en nuestras casas; y todavía en MARTÍN PALLÍN, J.A. «El documento nacional de identidad como identificador universal» *Actualidad Informática Aranzadi* (Julio de 2001), Núm. 40, p. 2 y s. En relación con esto, la STC 143/1994 rechazó que la normativa que regula el Número de Identificación Fiscal (NIF) fuera de por sí inconstitucional, porque, quedando claro que el derecho a la intimidad no obsta a proporcionar información relevante a la administración tributaria, dichas normas “*forman parte de un conjunto normativo que introduce garantías suficientes frente al eventual uso desviado de la información que aquellas normas permiten recabar*”; la Sentencia cita expresamente aquí la LORTAD. Se encuentra en la literatura española temprana relacionada con la protección de datos referencias a un proyecto de asignación de un número único identificativo a cada ciudadano en nuestro país, que no llegó a materializarse: véase HEREDERO HIGUERAS, M. «Proyecto de número de identificación personal», en *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, op. cit., p. 377-378; «Número de identificación

menos que desde 1947, psicológicamente producen mayor temor cuando el número se asigna a los recién nacidos y el número es significativo, es decir, que se construye con una serie de parámetros como la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, el sexo o alguna otra característica invariable. Otro modelo de número identificativo es por ejemplo el que tenemos en España, donde el sistema del Documento Nacional de Identidad, que es obligatorio salvo excepciones desde los 14 años, está legalmente considerado como sistema de identificador habitual. Es evidente asimismo que este tema está relacionado con el rechazo a los sistemas públicos únicos de identificación en los países anglosajones. La cuestión fue especialmente importante en Alemania, país en el que la propuesta del Ministerio del Interior de crear un identificador de doce dígitos para nacionales y extranjeros fue un auténtico catalizador de las preocupaciones sobre la protección de datos⁵¹⁹. En Estados Unidos, en 1961 comenzó a utilizarse el Número de la Seguridad Social para la gestión tributaria, lo que podía conducir a la creación de un número único indentificativo *de facto*.

En cuanto al rechazo a los censos periódicos, se dio este rechazo en los Países Bajos, Suecia⁵²⁰, y sobre todo Alemania, donde la cuestión conduce directamente al recurso contra la Ley del Censo de 1983⁵²¹ y a la *Volkszählungsurteil*.

Otro detonante es que, al final de los años 50 surge un tipo de literatura relacionada con la intimidad que Regan denominó “*literatura de la alarma*”⁵²², y que ha tenido continuidad hasta nuestros días. Sólo hasta 1970 se pueden reseñar las siguientes monografías: *The Eavesdroppers* [Los fisgones] (1959), de Samuel Dash, Robert Knowlton, y Richard Schwartz⁵²³; *The brain watchers* [Los vigilantes del cerebro] (1962), de Martin L. Gros⁵²⁴; *The Naked Society* [La

personal», en *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, op. cit., p. 383-387; HEREDERO HIGUERAS, M. «El Número Personal Unificado: Un proyecto frustrado» *Documentación Administrativa*, Octubre-diciembre 1982, nº 196, p. 177-189. Este proyecto consistía en crear un Número de Identificación Personal, que sería asignado a los nacidos en España al ser inscritos en el Registro Civil, y que contendría una codificación de la fecha de nacimiento más el lugar de nacimiento más unos dígitos identificativos. La constitucionalidad del NIF fue confirmada por la STC 143/1994.

⁵¹⁹ BENNETT, *Regulating Privacy*, op. cit., p. 50. En BULL, *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer*, op. cit., p. 190 y ss. se hace referencia a la cuestión *in extenso*, vinculándola al recuerdo de la obligación de inscribirse en registros administrativos en los tiempos del nacionalsocialismo.

⁵²⁰ BUTZ, P. «Data Confidentiality and public perceptions: the case of the European censuses» *Proceedings of the Survey Research Methods Section, American Statistical Association* (1985), p. 90-96.

⁵²¹ ALEMANIA. *Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung, vom 25 März 1982*, cit. BERGMAN, N., *Volkszählung und Datenschutz* (Hamburg, Diplomita, 2009).

⁵²² REGAN, *Legislating Privacy*, op. cit., p. 13, “*literature of alarm*”.

⁵²³ DASH, S.; KOWLTON, R.; SCHWARTZ, R., *The Eavesdroppers* (New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 1959); esta obra se centra en la interceptación de comunicaciones electrónicas.

⁵²⁴ GROSS, M., *The brain watchers* (New York, Random House, 1962), libro dedicado al problema de las técnicas de investigación psicológica.

sociedad desnuda] (1964), de Vance Packard⁵²⁵; *The Privacy Invaders* [Los invasores de la intimidad] ([1964]), de Myron Brenton⁵²⁶; *The Intruders: The invasion of privacy by government and industry* [Los intrusos: la invasión de la intimidad por el gobierno y la industria] (1967), de Edward V. Long⁵²⁷; *Privacy Under Attack* [Intimidad bajo ataque] (1968), de Donald Madgwick⁵²⁸; *The Death of Privacy* [La muerte de la intimidad] (1969), de Jerry M. Rosenberg⁵²⁹; *On Record: Files and Dossiers in American Life* [En el Archivo: ficheros y dossiers en la vida americana], editado por Stanton Wheeler⁵³⁰; *The Databank Society* [La sociedad de los bancos de datos] (1970), de Malcolm Warner y Michael Stone⁵³¹. Regan, que fue quien acuñó el término, incluye en este grupo a la contribución doctrinal más relevante de este periodo, y probablemente de los posteriores, el *Privacy and freedom*, de Westin (1967), y a la obra más importante de sobre el tema de “*computers and privacy*”, el libro de Miller, *The Assault on Privacy* (1971)⁵³².

Este tipo de “*literatura de la alarma*” ha tenido una continuidad directa hasta hoy, en que se siguen publicando libros de esta naturaleza⁵³³. Hay una cierta heterogeneidad en ellos. Algunos de estos libros han sido “*best sellers*”, o al menos pueden ser catalogados dentro de la literatura comercial destinada al gran

⁵²⁵ PACKARD, *The naked society*, op. cit.

⁵²⁶ BRENTON, M., *The Privacy Invaders* (New York, Coward-McCann, [1964]).

⁵²⁷ LONG, E.V., *The intruders* (Washington D.C., Praeger, 1967), obra notable por haber sido escrita por un senador por Missouri que lideró una destacada actividad parlamentaria acerca de la “*invasión de la intimidad*” en los años 60.

⁵²⁸ MADGWICK, D., *Privacy Under Attack* (London, National Council for Civil Liberties, 1968).

⁵²⁹ ROSENBERG, J., *The Death of Privacy* (New York, Random House, 1969).

⁵³⁰ WHEELER, S. (ed.), *On Record* (New York, Russell Sage Foundation, 1969).

⁵³¹ WARNER, M.; STONE, M., *The Databank Society* (London, George Allen & Unwin, 1970).

⁵³² REGAN, *Legislating Privacy*, op. cit., p. 14.

⁵³³ Aquí a título de ejemplo y sin la mínima pretensión de exhaustividad, por orden cronológico: MESSADIÉ, G., *La fin de la vie privée* (Paris, Calmann-Lévy, 1974); MADGWICK, D.; SMYTHE, T., *The invasion of privacy* (London/New York/Victoria/Toronto, Pitman, 1974); JONES, M., *Privacy* (Newton Abbot, David & Charles, 1974); NEIER, A., *Dossier* (New York, Stein and Day, 1975); LEMOND, A.; FRY, R., *No place to hide* (St. Martin's Press, 1975); SMITH, R. E. *Privacy* (Garden City, N.Y., Anchor Press, 1979); HAEFNER, K., *Der «grosse Bruder»* (München, Econ, 1980); PETROCELLI, W., *Low Profile* (New York, McGraw-Hill, 1981); BURNHAM, D., *The Rise of the Computer State* (New York, Random House, 1983); LARSON, E., *The Naked Consumer* (New York, H. Holt, 1992); SYKES, C., *The End of Privacy* (New York, Farrar, Straus and Giroux, 1999); WHITAKER, R., *The End of Privacy* (New York, The New Press, 1999), hay edición española: WHITAKER, R., *El fin de la privacidad* (Barcelona, Paidós Ibérica, 1999); GARFINKEL, S., *Database nation* (Beijing/Cambridge, O'Reilly, 2000); ROSEN, J., *The Unwanted Gaze* (New York, Random House, 2000); SONTAG, L., *It's none of your business*, (PMI Enterprises, 2000); GERTLER, E., *Prying eyes* (New York, Random House, 2004); KEENAN, K., *Invasion of Privacy* (Santa Barbara, Calif., ABC-CLIO, 2005); O'HARROW, Jr., R., *No place to hide* (New York, Free Press, 2005); KIRWAN, *Big Brother*, op. cit.; KUHN, B., *Prying Eyes*, (Minneapolis, Twenty-First Century, 2008); O'HARA, K.; SHADBOLT, N., *The Spy in the Coffee Machine* (Oxford, Oneworld, 2008); CLARK, *The Road to Big Brother*, op. cit.

público. Otros en cambio, son estudios completamente solventes desde el punto de vista académico y otros, finalmente, son más propios del género periodístico y no pasarían el filtro para ser una publicación académica. Curiosamente, como puede verse, varios tienen títulos repetidos, lo que parece indicador de la coincidencia de contenidos e intenciones. La inmensa mayoría de este tipo de publicaciones se ha dado en el mundo anglosajón, que de alguna forma es propicio a las mismas.

Es indiscutible que este género literario ha tenido una gran influencia en la aparición de la protección de datos. Bennett lo llama literatura de “*Computers and Privacy*”, lo cual implica, lógicamente, una atención especial al tema del impacto de los ordenadores sobre la intimidad⁵³⁴. Pero en la lista que hemos dado al comienzo de este apartado, los primeros títulos no se ocupan de esta problemática. Así, en *The Eavesdroppers* (1959), de Dash, Knowlton y Schwartz (1959), la palabra “ordenador” (“computer”) ni aparece. En *The brain watchers* de Gros (1962), que estaba centrado exclusivamente en la invasión de la intimidad a través de técnicas de investigación psicológica, (como la realización de test de personalidad en el ámbito laboral o en la escuela), las referencias a los ordenadores ya aparecen pero son puramente anecdóticas⁵³⁵. En cambio, en los dos libros de 1964, -*The Naked Society*, de Packard y *The Privacy Invaders*, de Brenton- aunque la atención al peligro de los ordenadores sea todavía escasa, sí que se señala con claridad que la acumulación de datos en dispositivos informáticos es, en sí, un nuevo grave peligro para la intimidad de los ciudadanos⁵³⁶. Este dato muestra, una vez más, que el momento de partida del miedo a los ordenadores está en los primeros años de la década de 1960, y no antes. Tenemos aquí claramente señalada la zona donde ocurre la transición a la temática propia de la protección de datos en sentido propio. Pero por otro lado, prácticamente ninguno de estos libros se refiere en exclusiva al peligro de los ordenadores, sino que analizan otras formas de invasión de la intimidad.

⁵³⁴ BENNETT, *Regulating Privacy*, op. cit., p. 53-55.

⁵³⁵ En concreto, se menciona que las grandes corporaciones comparan los resultados de los tests psicológicos, mediante técnicas estadísticas, “a menudo con la ayuda de un ordenador” y que los resultados de los tests se almacenan en ordenadores de alta velocidad, cuando antes se hacía en tarjetas perforadas; citamos por otra edición, GROSS, M., *The brain watchers* (New York, Signet Book, 1963), p. 38 y 126.

⁵³⁶ La obra de Packard hace referencia a la importante conferencia de Bernard S. Benson de 1961 a la que luego nos referiremos, y recuerda su afirmación de que la acumulación de información en ordenadores será “catastróficamente peligrosa” (“catastrophically dangerous”) y afirma que si la información es poder (“information is power”), los americanos deberían sentirse seriamente preocupados con la cantidad de información que el gobierno federal está acumulando; cfr. PACKARD, *The naked society*, op. cit. p. 42. En Brenton encontramos la afirmación de que la situación se inclina todavía más en contra de la intimidad por la tendencia irreversible al uso del ordenador para almacenar y manejar datos personales. BRENTON, *The privacy invaders*, op. cit., p. 232.

Un último comentario por nuestra parte: todos estos libros insisten expresamente en que el tipo de sociedad descrita por Aldous Huxley en *Un mundo feliz*, o especialmente por Orwell en *1984*, es completamente posible o incluso inevitable. En estas obras hay un uso prolífico de los términos y símbolos que vienen de la distopía orwelliana⁵³⁷. Y es no es sólo una primera demostración de que la influencia de estas obras de ficción en el desarrollo de la teoría de la protección de datos ha sido inmensa. También aparece ya la orientación que será característica de considerar de que junto con la intimidad, están amenazados otros derechos, bienes o intereses dignos de protección en una sociedad democrática, incluyendo desde luego las libertades públicas y los derechos políticos, y todo ello en conjunto podemos resumirlo por ahora en la palabra “*libertad*”. Intimidad y libertad, son pues, la partitura detrás de la música de la protección de datos.

Finalmente, el problema de la seguridad de la información surgió en los años 60, por dos motivos principalmente. El primero es uso de los recursos compartidos (“*time-sharing*” y “*multiprogramming*”) en los grandes “*mainframes*”, que, como ya hemos visto era una tendencia muy clara en la informática de los primeros años. Los ordenadores eran escasos, muy potentes pero extraordinariamente caros, por lo que era inevitable que muchos usuarios diferentes trabajaran con la misma máquina a la vez de forma simultánea o sucesiva. La segunda razón es la aparición en los años 60 de las primeras redes informáticas, principalmente en el entorno militar, lo que suponía el establecimiento de un canal de información directo entre ordenadores. Debido a ambas situaciones, si no se establecían las adecuadas medidas de seguridad, bien desde el propio ordenador, bien desde otro, unos usuarios podrían acceder a los ficheros y sistemas de información de los otros. De este modo, la “clasificación” de los documentos por niveles de confidencialidad (“*alto secreto*”, “*restringido*”, “*confidencial*”, “*reservado*”, “*público*”, etc.) y su almacenamiento físico en ubicaciones separadas rodeadas de medidas de seguridad, que era un sistema que funcionaba bastante aceptablemente para información plasmada en soporte papel, saltaba por los aires cuando la documentación estaba informatizada⁵³⁸.

Por ejemplo, la preocupación por la seguridad informática y la confidencialidad de la información era palpable en IBM a finales de los años 60. Debe tenerse en cuenta que la información que necesitaba ser objeto de protección era principalmente aquélla que estaba bajo secreto militar, ya que uno de los principales usuarios de sistemas informáticos en los años 50 y 60, sino el más

⁵³⁷ BENNETT, *Regulating Privacy*, op.cit. p. 53; REGAN, *Legislating Privacy*, op. cit., p. 13.

⁵³⁸ YOST, J. «A History of Computer Security Standards», en DE LEEUW, K.; BERGSTRA (ed.), J., *The history of information security: a comprehensive handbook* (Elsevier, 2007), 595-622, especialmente p. 601-602.

importante, eran las fuerzas armadas norteamericanas, que por eso mismo, eran uno de los mayores clientes de las empresas informáticas. Eso quizá explique el tipo de lenguaje que ha quedado en el mundo de la informática para referirse a esta cuestión, en la que el que prevalece claramente el campo semántico relacionado con el ámbito militar y de seguridad, constituido por palabras como “*protección*”, “*seguridad*”, “*defensa*”, “*barreras*”, “*fortaleza*”, “*vulnerabilidad*” y similares. Pero al mismo tiempo, la necesidad de protección también se refería a los datos relativos a personas. Como dijo por aquellos años Brian Niblett, la necesidad de aplicar medidas de seguridad a los datos personales parte de la asunción implícita de que todos ellos son confidenciales⁵³⁹. Esta preocupación es clave en el desarrollo de la protección de datos, o mejor, en la transición entre las primeras vaporosas formulaciones del miedo al ordenador y su plasmación concreta en normas jurídicas vinculantes. A finales de los años 60, la ciencia de la seguridad informática estaba en estado embrionario. Se crea propiamente durante los años 70, y hasta los años 80 no se establecen los primeros estándares de seguridad. Lo que nos interesa aquí es resaltar que las preocupaciones por la protección de datos y por la seguridad informática son paralelas, y esta última es, en realidad, otro detonante de la aparición de las primeras leyes de protección de datos. Todas estas leyes, sin excepción de la que tengamos conocimiento, incorporan la obligación para el responsable del tratamiento de implantar las medidas de seguridad técnicas y organizativas necesarias, acordes al estado de la tecnología, para proteger los datos de carácter personal.

5.5. El papel de la doctrina científica

A) La primera doctrina jurídica sobre “*computers and privacy*”

Nadie puede negar, creemos, la enorme importancia que ha tenido la doctrina jurídica en la configuración del derecho de protección de datos. La primera publicación científica de la que tenemos conocimiento en el ámbito jurídico es un artículo americano aparecido en 1964 y debido a Donald N. Michael⁵⁴⁰. El artículo es muy interesante, porque el autor se apoya en la concepción de la intimidad de

⁵³⁹ NIBLETT, *Information numérique et la protection des libertés individuelles*, op. cit., p. 25.

⁵⁴⁰ MICHAEL, D. N. «Speculations on the relation of the computer to individual freedom and the right to privacy» *George Washington Law Review* (1964-1965), N. 22, p. 270-286. Este artículo es el primero que habla de las implicaciones jurídicas de los ordenadores como una amenaza independiente en sí misma. En otro artículo jurídico doctrinal del mismo año, el ya citado de BLOUSTEIN, «Privacy As an Aspect of Human Dignity», op. cit., p. 1006-1007, se hace una pequeña referencia a las amenazas que provocan ciertos desarrollos de “*la moderna tecnología*” sobre la intimidad, y aquí se habla de dispositivos electrónicos sofisticados de escucha y espionaje, y de que la investigación a gran escala de aspectos íntimos de la vida personal, a través de cuestionarios, tests psicológicos y polígrafos, combinada con el almacenamiento, ordenación y recuperación de la información con técnicas electrónicas (“*electronic machine techniques*”).

Warren y Brandeis, para sostener que, con el advenimiento de la informática, los peligros sobre la intimidad pasan a otra dimensión. la combinación entre el descubrimiento de aspectos íntimos de la persona y las nuevas técnicas de uso electrónico de estos datos personales (“*new techniques of electronic use of this personal data*”) es mucho más peligrosa, porque ya no se trata de que “*lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos*” parafraseando la conocida frase bíblica utilizada por Warren y Brandeis, porque aquí los pensamientos y sentimientos ni siquiera han sido susurrados, y pueden ser proclamados más fácilmente que nunca desde los tejados. El miedo de que nuestra vida privada se convierta en un espectáculo público aumenta enormemente cuando los hechos escabrosos (“*lurid facts*”) han sido reducidos a agujeros en tarjetas perforadas o impulsos en un disco magnético de los que un operador cualquiera puede disponer sólo con hacer la conexión correcta. En otro párrafo del artículo se pone en el mismo plano la necesidad de articular políticas públicas para la protección de la intimidad en tres ámbitos: dispositivos sofisticados de espionaje, técnicas de investigación de la “psique” y equipos de procesamiento electrónico de datos

A partir de este primer artículo, las dimensiones cuantitativas de la producción doctrinal dedicada a las amenazas de la intimidad provocadas por la informática son incontestables: solo hasta 1984 han sido contabilizadas 1862 referencias en la conocida bibliografía preparada por Flaherty, que no es tampoco un listado exhaustivo⁵⁴¹. La bibliografía que el propio Flaherty llama predecesora de la anterior contaba con 1.700 referencias⁵⁴². Otras bibliografías aparecidas en diversos países muestran el ingente número de materiales publicados sobre esta materia⁵⁴³. Hay además, una sustancial identidad entre todas estas contribuciones doctrinales, y una notable continuidad entre los títulos aparecidos antes y después de 1970.

⁵⁴¹ FLAHERTY, D.H., *Privacy and data protection: an international bibliography* (London, Mansell, 1984).

⁵⁴² FLAHERTY, D.H.; HANIS, E.H.; MITCHELL, S.P., *Privacy and Access to Government Data for Research* (London, Mansell, 1979).

⁵⁴³ Así, en Gran Bretaña tenemos a DEIGHTON, S., *Privacy and Computers: a bibliography* (London, The Library, The Institution of Electrical Engineers, 1978), con aproximadamente 250 referencias del período 1969-1978. En lengua francesa, POULLET, P.; et Pouillet, Y. «Bibliographie Relative aux Questions Juridiques de l'Utilisation de l'Informatique», en *Banques de données entreprises - vie privée* (Brussels, Créadif, 1980), p. 377-625 (citado por Flaherty como número 1856), y en lengua alemana, EHM, R.; KARL, G.; STEINMÜLLER, W., *Rechtsinformatik und juristische Informationswissenschaft* (München; Frankfurt, Beck, 1979).

Con la monografía de Miller, *The Assault on Privacy*, escrita en 1970 y publicada en 1971, esta primera doctrina alcanza ya un estimable grado de madurez⁵⁴⁴. Este libro es uno más entre varios aparecidos en los Estados Unidos a finales de los 60 y comienzos de los 70 sobre el tema de “*computers and privacy*”. Pero es quizá el más elaborado y el de mayor profundidad jurídica, y hasta hoy ha mantenido su influencia en círculos jurídicos⁵⁴⁵. La idea central de esta obra es que, al igual que otros muchos avances del mundo moderno, los ordenadores traen una indiscutible mejora para la vida de los individuos, pero también tienen una potencial capacidad nociva. Esa amenaza latente se dirige contra la “*privacy*” o la “*informational privacy*” [intimidad], concepto ciertamente difícil de definir pero que los autores contemporáneos cifran en la capacidad de cada persona de controlar la circulación de la información relativa a su persona, aspecto esencial para el mantenimiento de relaciones sociales y de la libertad personal. El peligro está causado, por decirlo resumidamente, por la pérdida de control del individuo sobre sus propios datos personales. La intimidad personal estaba hasta nuestros días relativamente bien protegida, ya que ni se recababan grandes cantidades de información, ni la información disponible se encontraba centralizada, ni era fácil acceder a ella. Pero en nuestros días, los ordenadores impiden que el individuo pueda tener control sobre sus propios datos personales, de dos formas: difundiendo el registro de hechos contemporáneos o pasados a una amplia audiencia, mayor de la que el sujeto habría querido o imaginado, lo que significa que el sujeto ha perdido el control sobre quien tiene acceso a su información; e introduciendo inexactitudes materiales o contextuales sobre los datos, que pueden crear una impresión equivocada sobre la conducta o características de la persona en los terceros que puedan llegar a acceder a la información⁵⁴⁶. Existe pues, un antagonismo entre las fuerzas que promueven el uso de los ordenadores por motivos de eficiencia y mejora de capacidades de las organizaciones, y quienes quieren proteger la intimidad personal. Debe buscarse un equilibrio entre ambas, siendo siempre consciente de la existencia de esta especie de lado oscuro de la tecnología, ya que el ordenador es capaz tanto de producir un inmenso bien social o un daño monumental, dependiendo de cómo los seres humanos decidan utilizarlo⁵⁴⁷. Por lo demás, la obra de Miller resulta interesante porque en ella, además de un concienzudo análisis jurídico del estado de la protección de la intimidad en los

⁵⁴⁴ MILLER, *The Assault on Privacy*, *op. cit.* Un adelanto de muchas de estas ideas había aparecido un año antes en MILLER, A. R. «Personal privacy in the computer age» *Michigan Law Review* (April 1969), Vol. 67, p. 1089-1246.

⁵⁴⁵ Por ejemplo, *vid.*, KOZINSKI, A.; GRACE, S., «The (continued) Assault on Privacy: a timely book review forty years in the making» *Oregon Law Review* (2012), Vol. 90, No. 4, p. 1135-1146.

⁵⁴⁶ MILLER, *The Assault on Privacy*, *op. cit.*, p. 26-46.

⁵⁴⁷ MILLER, *The Assault on Privacy*, *op. cit.*, especialmente p. 54 y 258.

Estados Unidos, encontramos prácticamente todos los temas que acaban siendo objeto de desarrollo de las legislaciones de protección de datos.

B) La crítica alemana a la Teoría de las Esferas

Por su parte, los autores alemanes se orientaron a la crítica de la Teoría de las Esferas. Esta es una concepción teórica para la que la intimidad tiene distintos ámbitos de afectación. Según esta teoría, existen distintas “*esferas*” concéntricas de radio progresivamente mayor, cuya difusión o conocimiento por terceros afectan en menor grado a la persona cuanto más nos vamos alejando del centro (“*Sphärentheorie*”). Se atribuye comúnmente su primera formulación a Heinrich Hubmann, quien la describió en 1953 desde la perspectiva civilista de los derechos de la personalidad⁵⁴⁸. Unos años después, Henkel la aplicó al derecho penal⁵⁴⁹. La influencia de esta construcción doctrinal ha sido inmensa. La jurisprudencia alemana, tanto la ordinaria como la constitucional la han aceptado regularmente en sus resoluciones, y ha llegado también a países bajo el ámbito de influencia de la ciencia jurídica germana. Por ejemplo, Morales Prats menciona que el italiano Bricola hizo uso de esta teoría por aquellos mismos años en su trabajo sobre la protección penal de los derechos de personalidad⁵⁵⁰. El número, denominación y alcance de las esferas varía levemente, según los autores. Por ejemplo, Hubmann hablaba de tres esferas: la “*Gemeinsphäre*” [esfera del secreto], que protege la parte más nuclear y secreta del individuo, es decir, acciones, expresiones y pensamientos que nadie, o a lo sumo sólo un limitado círculo de confidentes, conoce por lo que hay un verdadero interés en mantenerlas secretas; la “*Privatsphäre*”, que comprende todas aquellas circunstancias de la vida que pueden ser conocidas sin un especial esfuerzo, que el sujeto normalmente no desearía que fueran objeto de difusión pública; finalmente, la “*Individualsphäre*”, que protege el valor intrínseco en público del individuo, es decir su verdadero ser en sus relaciones públicas o sociales, y que incluye el derecho al nombre, el honor, y a la propia imagen⁵⁵¹. Henkel introdujo una nueva categoría intermedia entre las dos primeras esferas, a la que denominó “*Vertraulichkeitssphäre*” o “*Vertrauenssphäre*” [esfera de la confianza] que consiste en aquellos aspectos que son conocidos únicamente por personas de un inmediato círculo de confianza y que le sirvió para explicar un tipo de ilícitos penales, que eran precisamente

⁵⁴⁸ HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, op. cit.

⁵⁴⁹ HENKEL, H. «Der Strafschutz des Privatlebens gegen indiskretion», en *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, 1957, Band II (Sitzungsberichte)* (Tübingen, Mohr, 1959), p. 59 y s.

⁵⁵⁰ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, op. cit., p. 129-130; BRICOLA, F. «Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza» *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1967), p. 1083 y s.

⁵⁵¹ HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, op. cit., p. 268-270.

aquellos que consistían en la vulneración de la confidencialidad debida por estas personas ligadas por esa especial relación de confianza. Scholler, de nuevo en el ámbito del derecho civil, siguiendo a otros autores como Jägi o Habermas, distinguió otra esfera que se coloca entre la privada (“*Privatsphäre*”) y la pública (“*Öffentlichkeitssphäre*”), a la que llamó “*Sozialsphäre*” [esfera de lo social] y que comprende todos los aspectos de la vida del individuo que cualquier tercero puede legalmente percibir, pero que no han sido hechos públicos a través de una manifestación concreta de la voluntad del sujeto concernido⁵⁵². Seidel, en una obra ya que forma parte de la primera doctrina de la protección de datos, señala en tono crítico que han llegado a distinguir hasta ocho esferas: “*Geheimsphäre*”, “*Intimsphäre*”, “*Vertrauenssphäre*”, “*Individualsphäre*”, “*Eigensphäre*” [esfera de la individualidad], “*Privatsphäre*”, “*Sozialsphäre*”, “*Öffentlichkeitssphäre*”⁵⁵³. Tampoco hay consistencia en la jurisprudencia. Por ejemplo, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios alemanes hacía a finales de los años 60 una clasificación tripartita de manifestaciones de la personalidad en “*Individualsphäre*”, que protege la singularidad del individuo en sus relaciones con el entorno, “*Privatsphäre*”, que incluye la vida familiar y cualquier otro aspecto de la vida privada en el círculo doméstico, y finalmente, “*Intimsphäre*” o “*Geheimsphäre*”, que comprende los pensamientos y sentimientos internos, con sus manifestaciones externas⁵⁵⁴. Pero, desde la doctrina alemana también se nos advierte de que el BGH ha utilizado en su jurisprudencia los conceptos de “*Geheimsphäre*”, “*Eigensphäre*”, “*Individualsphäre*” y “*Privatsphäre*” en asuntos relativos a la protección de la intimidad frente a los ataques de los medios de comunicación⁵⁵⁵.

Según los autores influídos por las nuevas concepciones que acabarían conduciendo a la protección de datos, esta teoría parte de dos presupuestos ficticios. El primero es que unas informaciones están más afectas que otras a la intimidad de la persona. Pero en cambio, lo cierto es que en nuestra actual sociedad tecnológica de masas es ilusorio pensar que protegiendo una supuesta esfera privada predeterminada el individuo vaya a quedar a salvo de las amenazas contra su intimidad⁵⁵⁶. Este es el tipo de crítica formulada enérgicamente por la primera doctrina de la protección de datos contra la teoría de las esferas, y luego

⁵⁵² SCHOLLER, H., *Person und Öffentlichkeit* (München, Beck, 1967), p. 77 y s.

⁵⁵³ SEIDEL, U., *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht* (Köhl, Schmidt, 1972), p. 65.

⁵⁵⁴ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 136, citando una sentencia del *Oberlandesgericht* de Hamburgo.

⁵⁵⁵ NEUNHOEFFER, F., *Das Presseprivileg im Datenschutzrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2005), p. 70.

⁵⁵⁶ MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad*, *op. cit.*, p. 130-131.

sustentada de forma bastante general en la doctrina alemana⁵⁵⁷. Para todos estos autores, una idea clave es lo que se dio en llamar entonces la “*relatividad*” de la esfera privada (“*Relativität der Privatsphäre*”), que se manifiesta a través de cuatro grandes formas. En primer lugar, lo que se identifica bajo el rótulo de íntimo es diferente según el momento temporal y el espacio geográfico en el que nos encontramos, por lo que el concepto de esfera privada no puede ser nunca determinado con seguridad (“*relatividad espacio-temporal*”); en segundo lugar, dentro de un mismo ámbito especial y temporal, unos individuos pueden valorar una situación como perteneciente al círculo de la intimidad y otros no (“*relatividad individual*”); en tercer lugar, las informaciones se juzgan pertenecientes o no a la esfera privada en función del contexto social (“*relatividad social*”); finalmente, las administraciones públicas pueden sólo conocer legalmente aspectos diferentes de la vida de cada individuo (por ejemplo, la administración sanitaria únicamente los datos de salud, etc.) (“*relatividad normativa*”)⁵⁵⁸. El segundo presupuesto ficticio que arrumba la teoría de las esferas es que en nuestros días no existe de hecho una zona reservada sustraída de conocimiento por parte de los órganos estatales. No hay ningún dato, ni siquiera los considerados más íntimos, que no estén o no puedan estar recogidos para alguna finalidad, en alguno de los múltiples ficheros que manejan hoy las diversas

⁵⁵⁷ Entre otros, KAMLAH, R. «Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht» *Die Öffentliche Verwaltung* (1970), 361-364, p. 362, artículo que comentaba la sentencia del *BverG* de 15 de enero de 1970, *BverfGE*, 27, 344, que acogía la teoría de las esferas para decidir sobre si para una investigación sobre responsabilidades administrativas contra un alto funcionario podía accederse a la información de su proceso de divorcio, teniendo en cuenta que algunas las circunstancias del caso, como la existencia de una relación extramatrimonial por parte de dicha persona, eran del dominio público; STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 46, 51 y s.; HASSELKUß, A.; KAMINSKI, K.-J. «Persönlichkeitsrecht und Datenschutz», en KILIAN; LENK; STEINMÜLLER; *Datenschutz*, *op. cit.*, 109-128, p. 123; SIMITIS, S. «Datenschutz - Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Regelung» *Datenverarbeitung im Recht* (1973-74), Bd. 2, p. 138-189; MALLMANN, O., *Zielfunktionen des Datenschutzes* (Frankfurt am Main, Metzner, 1977), p. 163; MALLMANN, O. «[Kommentar zum § 32]», en SIMITIS *et alii*, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, *op. cit.*, párrafo 4, p. 823 y párrafo 28, p. 831-832, donde por ejemplo se afirma que la teoría de las esferas, que se basa en última instancia en criterios espaciales (por ejemplo, zona doméstica y familiar) no puede amortiguar las múltiples amenazas a la persona que se pueden producir a través de técnicas modernas de procesamiento de datos; en la misma obra colectiva, SIMITIS, «Einleitung», *op. cit.*, párrafo 26 y s., p. 56-58. y SIMITIS, S. «[Kommentar zum § 1]», en SIMITIS *et alii*, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, *op. cit.*, párrafo 65 y s., p. 100 y s., que expresa la idea de que un enfoque basado en la teoría de las esferas solo protegería de una pequeña parte de las amenazas; ROHLF, D., *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre* (Tübingen, Duncker und Humblot, 1980), p. 41-44; STEINMÜLLER [Hrsg.], W., *Daten-Schutz ADV-Recht* (München, Goldmann, Oktober 1980), p. 19; MEISTER, H. «Das Schutzgut des Datenrechts» *Datenschutz und Datensicherung* (1983), Vol. 7, No. 3, p. 163-180; SIMITIS, S. «Die informationelle Selbstbestimmung» *Neue Juristische Wochenschrift* (1984), Heft 8, 398-405, p. 402; EHMANN, H. «Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht» *Archiv für die civilistische Praxis* (1988), Band 188, 230-380, p. 235-236; BORN, C., *Schadensersatz bei Datenschutzverstößen* (Münster, LIT, 2001), p. 57-59.

⁵⁵⁸ Esta exposición es de SCHIMMEL, W.; STEINMÜLLER, W. «Rechtspolitische Problemstellung des Datenschutzes», en DAMMANN; KARHAUSEN; MÜLLER; STEINMÜLLER, *Datenbanken und Datenschutz*, 111-169, *op. cit.*, p. 130-131, reproducida en MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 40-41.

administraciones públicas, y esto es algo que se desprende necesariamente de las muchas actuaciones positivas de fomento de derechos fundamentales, igualdad y prestaciones sociales que hoy se exigen de los poderes públicos. Por tanto, la idea de una esfera privada es ilusoria, sencillamente porque no existe. Por ello, todo dato personal, aunque no pertenezca a esa pretendida esfera privada, es relevante para la protección del individuo⁵⁵⁹. Por cierto, que esta conclusión es justamente la contraria a la que, partiendo de la misma premisa, se ha llegado en varios países anglosajones, a saber, que la ausencia fáctica de respeto a la esfera privada del individuo conduce a la carencia en éste de expectativas de privacidad, y por tanto a la reducción del ámbito de cualquier posible derecho a la intimidad⁵⁶⁰.

Sea por efecto de estas críticas o, más probablemente debido a otros motivos, lo cierto es que la protección de datos implica un abandono, prácticamente total, de la teoría de las esferas. Se renuncia a determinar la relevancia mayor o menor para la intimidad de un concreto dato personal, y todos ellos pasan a ser tratados exactamente de la misma forma. Se ha llegado a hablar, en este sentido, de la “*inutilidad del concepto de intimidad*”, al que se considera inoperativo hoy en día para proteger precisamente la intimidad y otros derechos del individuo⁵⁶¹, por no poder encontrarse una línea divisoria exacta entre la esfera privada y otras esferas. Por todo ello, se ha postulado que la teoría de las esferas debería ser sustituida por lo que la primera doctrina alemana de la protección de datos denominó “*teoría del mosaico*”⁵⁶². En efecto, en un mosaico, cada pieza o tesela, que de forma aislada no significaría nada, puede contener una carga significativa si se toma en consideración junto con muchas otras y si todas ellas están correctamente

⁵⁵⁹ MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, op. cit., p. 41-44.

⁵⁶⁰ ROUVROY; POULLET, «The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development», op. cit., p. 48-49, que recalcan cómo el SCOTUS ha condicionado repetidamente el reconocimiento del derecho a la intimidad con determinadas áreas de la vida humana a la preexistencia de unas razonables expectativas de intimidad (“*reasonable expectations of privacy*”) en dichas áreas. La obvia consecuencia de este planteamiento es que en sociedades con intensos sistemas de vigilancia, las personas seguramente no esperarán tener un gran espacio para su intimidad personal. Por el contrario, las razonables expectativas de intimidad nunca han tenido un papel muy importante en la definición del ámbito de la intimidad en Europa. El mismo comentario BROWNSWORD, R. «Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing, and Confidentiality», en GUTWIRTH; POULLET; DE HERT; DE TERWANGNE; NOUWT, *Reinventing Data Protection?*, op. cit., 83-110, p. 104, que se apoyan en la descripción que hacen KOOPS, B.; LEENES, R. «“Code” and the Slow Erosion of Privacy» *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* (2005), Vol. 12, p. 115, 176-177.

⁵⁶¹ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, op. cit., p. 48 y s., donde empieza un apartado denominado precisamente «*Die unbrauchbare „Privatsphäre“*» [la inútil “esfera privada”]. Según un artículo monográfico dedicado a este Informe presentado al Ministerio del Interior federal alemán, el asunto central del mismo es la “*inutilidad de la esfera privada*”. (“*Die zentrale Annahme des Gutachtens ist sicher die der „Unbrauchbarkeit der Privatsphäre“*”). Cfr. POHLE, J. «Die immer noch aktuellen Grundfragen des Datenschutzes» en GARSTKA, H.; COY (Hg.), *Wovon - für wen - wozu. Systemdenken wider die Diktatur der Daten*, [en línea] (Berlin, Helmholtz-Zentrum für Kulturtechnik/Humboldt-Universität zu Berlin, 2014), 44-58, p. 48.

⁵⁶² SEIDEL, *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht*, op. cit., p. 66.

colocadas a los ojos de un observador externo. Lo mismo ocurre con los datos personales en nuestras modernas sociedades informatizadas: un dato aislado puede ser casi irrelevante para descubrirnos aspectos profundos de la personalidad de un individuo, pero en conjunción con muchos otros, bajo el procesamiento que permite la moderna tecnología, nos puede mostrar un perfil completo del individuo. Esta teoría, que por cierto sus defensores iniciales reconocieron incompleta aunque consideren que se trate de un indudable avance para enfocar correctamente las amenazas provocadas por la informatización⁵⁶³, encaja a la perfección con la esencia de la tecnología informática y la teoría de la información: la información no se define por su contenido, sino por su cantidad.

En España, en cambio, hay que esperar varios años para ver una contribución equivalente a éstas. Las obras que tratan la cuestión durante los años 70 se cuentan con los dedos de una mano⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Véase sobre esto, en general, MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, op. cit., p. 45-47.

⁵⁶⁴ El primer estudio parece ser el de HEREDERO, M. «La protección jurídica de la información personal registrada en bases y bancos de datos», en *Actas del Ier. Congreso hispano-luso de Informática* (Madrid, Citema, 1971), p. 413-419. Una llamada a pie de página dice que este trabajo apareció en el Boletín CITEMA número 36, septiembre-octubre 1971. Otros artículos en la misma obra tienen referencias fragmentarias al asunto, como por ejemplo, HIDALGO, E. «Seguridad y confidencialidad», en *Actas del Ier. Congreso hispano-luso de Informática* (Madrid, Citema, 1971), 379-382, quien afirma, p. 382: “Por último, nos encontramos con el aspecto jurídico. Parece no existir una legislación suficientemente clara y sencilla que nos permita defendernos de una intrusión en nuestra intimidad por una negligente utilización de información que nos concierna. Está claro que, debido a una mala fe por el mal uso de datos relativos a nuestra vida, podemos llegar a situaciones perjudiciales para nuestra existencia. El problema que se nos presenta es el no poder demostrar que ha sido así, no sólo por falta de pruebas terminantes, sino porque en una aplastante mayoría de ocasiones ignoramos lo que ha ocurrido. En este sentido, se trabaja en varios países, como Alemania, Inglaterra, intentando crear o modificar la legislación existente en pro de nuestra intimidad personal. De las contribuciones más importantes han sido Alemania, con la promulgación de “Parlement du Land de Hesse” (sic) y la “Data Surveillance bill”, propuesto a la Cámara de los Comunes de Inglaterra”. Un año después, encontramos un par de referencias al tema en la que es seguramente la primera monografía española sobre el derecho a la intimidad, BATLLE SALES, G., *El derecho a la intimidad privada y su regulación* (Madrid, Marfil, 1972), aun reconociendo que las especiales condiciones españolas hacen que por el menor grado de tecnificación no hayan tenido tanta importancia entre nosotros las posibles amenazas de la informática, a diferencia de lo que ocurre en Norteamérica, de la que menciona que la existencia de máquinas computadoras empleadas al servicio de las compañías privadas de seguros son un arma temible contra la intimidad, y también el archiconocido proyecto del “Banco Federal de datos” (p. 12); mas adelante, dedica un par de páginas al apartado que titula “Máquinas computadoras proveedoras de datos, un peligro para la intimidad de los particulares” (p. 169-170). Y otro año después aparece otra contribución específica sobre el tema: TRUYOL SERRA, A.; VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, R. «Derecho a la intimidad e informática» *Documentación jurídica* (Julio-septiembre 1973), Nº 318, p. 105-120. Finalmente, hay que citar dos aportaciones de Antonio Enrique Pérez Luño: PEREZ LUÑO, A.E., *Cibernética, informática y derecho*, op. cit., p. 26-36; PÉREZ LUÑO, A.E. «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978» op. cit., p. 59-71.

C) Los peligros de la informática en la doctrina jurídica

A lo largo de esos primeros años, se fue cristalizando en distintos ámbitos de opinión, incluyendo la doctrina jurídica, la firme creencia de que los ordenadores podían resultar peligrosos para la persona. Bajo la peculiar precomprensión jurídica de este sector del ordenamiento, los juristas elaboraron sus construcciones partiendo de la presunción de que la tecnología informática tiene unas determinadas características que convierten a los ordenadores en potencialmente peligrosos. Por ejemplo, Madrid Conesa, resumiendo la doctrina alemana de la época, ha enumerado cuatro peculiaridades del ordenador que le hacen un instrumento muy apto para causar perjuicio: enorme capacidad de almacenamiento (*“el progreso en materia de memorización y almacenamiento de datos en espacios físicos parece, pues, no tener límites”*), gran velocidad de proceso, exactitud y fiabilidad conforme a los datos que han sido facilitados al sistema aunque eso no significa que los datos sean correctos objetivamente, y finalmente grandes posibilidades de adaptabilidad y versatilidad⁵⁶⁵. En otra parte de su obra habla de nueve características: la masa de datos es siempre susceptibles de ampliación; la disponibilidad de datos memorizados es extraordinariamente sencilla; los datos parciales se pueden conectar con otros datos parciales, los datos globales se pueden subdividir sucesivas veces, los datos se pueden reproducir tantas veces como sea necesario, la finalidad puede ser decidida o variada, ingentes datos pueden analizarse de forma fiable, tanto los datos como los resultados del tratamiento están muy rápidamente disponibles, y finalmente, las distancias físicas son totalmente superables⁵⁶⁶. Nissenbaum reduce las características a tres: no hay límite virtualmente en la cantidad de información que puede ser almacenada en ordenadores, no hay límite virtualmente al ámbito de lo que puede ser analizado con ellos, y la información puede ser almacenada virtualmente para siempre⁵⁶⁷. Hay también el convencimiento de que la informatización ha producido un cambio dramático e irreversible en las condiciones de uso de la información, de modo que han desaparecido para siempre las circunstancias que en el pasado hacían difíciles los ataques contra la intimidad personal. Este argumento lo encontramos en la primera aportación de la doctrina jurídica sobre el tema, el ya citado un artículo de Donald N. Michael aparecido en la *George Washington Law Review* en 1964, donde se afirma que tradicionalmente la intimidad estaba más o menos protegida por cinco circunstancias, que con los ordenadores están desapareciendo o

⁵⁶⁵ MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, op. cit., p. 12 y s.

⁵⁶⁶ MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, op. cit., p. 18 y 19.

⁵⁶⁷ NISSENBAUM, H. «Protecting Privacy in an Information Age» *Law and Philosophy* (November 1998), vol. 17, 5-6, 559-596, p. 576.

desaparecerán inevitablemente⁵⁶⁸: la información no estaba recopilada sistemáticamente ni los datos ordenados, por lo que era costoso en tiempo y dinero recopilar toda la información sobre alguien; los datos no estaban almacenados con la precisión y variedad necesaria para obtener un nuevo o más profundo conocimiento sobre una persona concreta; era difícil poder obtener información sobre alguien integrado en un conjunto de población de alta movilidad; el acceso a los ficheros existentes estaba dificultado por barreras de hecho, como la ubicación física del archivo; y por último, era difícil acceder o interpretar la información más reveladora de los aspectos íntimos de la persona dentro de la información disponible. Este tipo de argumentos nos suenan familiares a los juristas españoles, porque aparecen también en la famosa y muy influyente la Exposición de Motivos de la derogada LORTAD, en cuyo texto podemos leer que *“hasta el presente, las fronteras de la privacidad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, así, como salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy: las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la informática posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos, o remotos que fueran éstos”*.

Ciertamente, los innumerables estudios, artículos, publicaciones, libros y obras de todo tipo que han glosado esta cuestión hablan de peligros variados, casi todos recurrentes, expresados sin orden ni estructura, en buena parte relacionados o consecuencia los unos de los otros, y generalmente englobados bajo la rúbrica genérica del peligro a intimidad, con lo que la confusión está casi garantizada. Pero espigando la inmensa bibliografía, y haciendo el esfuerzo sistemático de agruparlos en una decena, tendríamos que los peligros de la informática que han dado lugar a la aparición de la idea de la protección de datos son, en síntesis, los siguientes:

1º.- Acumulación de datos. La tecnología informática permite la acumulación exponencial de datos, incluso de aquellos que tienen un carácter no íntimo, e integración de los mismos en bases de datos estructuradas y centralizadas,

⁵⁶⁸ MICHAEL, «Speculations on the relation of the computer to individual freedom and the right to privacy», *op. cit.*

pudiendo conservarse allí por tiempo ilimitado. El título del capítulo de la obra fundamental de Westin dedicado a las amenazas a la intimidad causadas por la tecnología informática lleva el expresivo título de “*colocando todos los hechos juntos*” (“*Pulling All the Facts together*”)⁵⁶⁹. Téngase en cuenta que la tecnología informática permite, en principio, conservar una información por tiempo ilimitado, por lo que, simplemente añadiendo nuevas informaciones a las que ya se disponen, podría llegar a completarse un dossier completo sobre la vida entera de una persona. Al mismo tiempo, esta tecnología permite acceder a un dato concreto con una facilidad y rapidez desconocidas hasta ahora⁵⁷⁰.

2º.- Fácil transmisión a terceros. La información digital se puede transmitir de forma fácil y sin apenas coste a otras organizaciones, que con un mínimo esfuerzo pueden comenzar a procesar los datos para sus propias finalidades. La compatibilidad de equipos de hardware, y del software, suministrado muchas veces por los mismos fabricantes, y la similitud de formatos, hacen que unos mismos datos puedan ser tratados en distintos ordenadores sin apenas inversión ni coste de transformación. Al mismo tiempo, el desarrollo tecnológico de las comunicaciones y la posibilidad de interconexión directa entre ordenadores ha provocado un salto cualitativo en la evolución de las tecnologías de la información, la convergencia entre informática y las telecomunicaciones, hecho que por ejemplo, ha provocado que un sector de la doctrina jurídica española se refiera a la nueva realidad tecnológica con el acrónimo “TIC” (“*Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*”)⁵⁷¹, en vez del más clásico “*Tecnologías de la Información*” (en inglés IT, “*Information technology*”). La aparición de las grandes redes, y especialmente de Internet, de acceso casi universal y coste mínimo y desde dispositivos cada vez más móviles, es por el momento la culminación de esta tendencia. De este modo, es factible una multiplicación indefinida de los tratamientos de datos personales y a través de ellos puede difundirse información de una persona a una audiencia mucho más vasta que la

⁵⁶⁹ WESTIN, *Privacy and Freedom*, op. cit., Chapter 12, p. 298.

⁵⁷⁰ LINOWES, D.F. «Must Personal Privacy Die in the Computer Age?» *American Bar Association Journal* (August 1979), Nº 65, 1180-1184, p. 1182, que comenta estos dos aspectos de la moderna tecnología –capacidad de almacenamiento y rapidez de recuperación de la información–, afirmando que hoy en día, a diferencia de la época pre-informática, es mucho más barato conservar información que destruirla y que recuperar ahora un determinado dato escondido entre millones de ellos es cuestión de segundos, mientras la misma operación antes podía llevar semanas o meses.

DAVARA RODRIGUEZ, M.A., *Manual de Derecho Informático* (Cizur Menor, Thompson-Aranzadi, 2008), p. 23 y nota 1, donde encontramos la siguiente explicación: “*hoy en día no se puede hablar solamente de Informática para referirse a la utilización de las herramientas tecnológicas en la actividad diaria: hay que hablar de sistemas de información o, aunque no sea exactamente lo mismo, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*”.

que originalmente el sujeto había consentido o supuesto⁵⁷². En palabras de Benda, *“el peligro para la privacidad del individuo no radica en que se acumule información sobre él, sino, más bien, en que se pierda la capacidad de disposición sobre ella y respecto a quien y con que objeto se transmiten. La privacidad se destruye no por la información en sí misma, sino por su transmisión disfuncional sobre la que el afectado pierde toda posibilidad de influir”*⁵⁷³.

3º.- Reutilización ilimitada de los datos. La información en formato digital puede ser reutilizada ilimitadamente sin sufrir desgaste ni menoscabo, también cuando se trata de datos personales, lo que normalmente conllevará un cambio de finalidad en el tratamiento de los mismos. Como dice Heredero Higuera, es en sí un peligro el uso de la información obtenida lícitamente, pero para usos distintos de los que justificarían la obtención de la información en razón de las decisiones a adoptar o de necesidades relacionadas con motivos de interés público⁵⁷⁴. La revolución informática ha creado un estado de cosas en el que prácticamente cada actividad económica, personal o administrativa se realiza a través de ordenadores o queda registrada en sistemas informáticos. De este modo cada vez que realizamos una transacción bancaria, utilizamos una tarjeta de crédito, nos desplazamos en transporte público, en coche o simplemente andando, utilizamos el teléfono móvil, enviamos un correo electrónico o navegamos por Internet vamos dejando un rastro digital que puede ser almacenado y reutilizado para muy diversas finalidades⁵⁷⁵. Todo esto es lo que algunos autores han llamado *“vigilancia rutinaria”* o *“silenciosa”* y uno de los mejores ejemplos de las posibilidades casi ilimitadas de reutilización de la información digital y lo fácil que resulta usar esos datos para finalidades diferentes de las que inicialmente provocaron el tratamiento.

4º.- Falta de calidad de datos. La falta de precisión, exactitud, completitud o relevancia de los datos, que es lo que luego se ha llamado, en las leyes de protección de datos, *“calidad de datos”*, puede indudablemente dar lugar a errores factuales, pero también a errores contextuales o de interpretación. Las consecuencias del error de hecho, como la asignación de una identidad falsa a una persona o una simple equivocación en la dirección postal, se comprenden

⁵⁷² MILLER, *The Assault on Privacy*, op. cit., p. 26.

⁵⁷³ BENDA, E. «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en BENDA, E.; MAIHOFFER, W.; VOGEL, H.; HESSE, K.; HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2001), 117-144, § 31, p. 131.

⁵⁷⁴ HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992...* op. cit., p. 12.

⁵⁷⁵ NISSENBAUM, H. «Protecting Privacy in an Information Age» *Law and Philosophy* (November 1998), vol. 17, 5-6, 559-596, p. 562-563.

fácilmente y pueden ser solventadas mediante la corrección de la información. Pero los errores contextuales, son de alguna forma, más graves. Dando de nuevo la voz a Benda, “[el peligro está en que] los datos archivados, incluso siendo correctos en sí mismos, sean transmitidos fuera de contexto, esto es, sin conexión con otras informaciones que serían necesarias para su correcta interpretación (tendencia inherente por razones técnicas a la distorsión en el procesamiento de datos)”⁵⁷⁶. La alerta sobre la inevitable pérdida de contexto en el tratamiento electrónico de los datos es un lugar muy repetido en la doctrina temprana sobre protección de datos, tanto alemana como norteamericana⁵⁷⁷. Uno y otro tipo de inexactitud pueden crear una errónea impresión sobre la conducta o logros de una persona en la mente de aquellos a los que se facilita la información⁵⁷⁸. Por último, aunque los ordenadores no comenten errores, y por ello se ha creado un mito acerca de su infalibilidad –mito que los defensores de la protección de datos piden combatir⁵⁷⁹– caben desde luego, errores de programación del “software” que los maneja, incluso realizados intencionadamente, que provocarán los mismos o similares problemas⁵⁸⁰.

5º.- Falta de adecuadas medidas de seguridad. Hay un riesgo de falta de integridad, pérdida accidental o de manipulación de la información, con las negativas consecuencias que esto podría tener para los afectados a los que se refieren los datos. En este grupo estarían también los peligros derivados de la falta de confidencialidad de la información, por poder acceder a ella personas que no están autorizadas. Estamos, por tanto, hablando de amenazas contra la “seguridad informática”. Una rápida ojeada histórica muestra que la preocupación por la protección de datos y por la seguridad informática son paralelas. Ésta última, aunque tiene autonomía propia en el campo de la informática teórica y práctica, es también desde luego una parte muy relevante de aquélla. Merece la pena resaltar aquí que la palabra utilizada para designar todas estas cuestiones –“seguridad”– está íntimamente relacionada con el propio término “protección de datos”, acuñado tempranamente⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ BENDA, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», *op. cit.*, § 30, p. 131.

⁵⁷⁷ SEIDEL, U. «Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privaten Daten» *Neue Juristische Wochenschrift* (1970), 1581 y s., p. 1582; MILLER, *The Assault on Privacy*, *op. cit.*, p. 33..

⁵⁷⁸ MILLER, *The Assault on Privacy*, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁷⁹ SIMITIS, S. «Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung» *Neue Juristische Wochenschrift* (1971), Heft 16, p. 673-682, p. 674.

⁵⁸⁰ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 106-109.

⁵⁸¹ BYGRAVE, *Data Protection Law*, *op. cit.*, p. 22.

6º.- Pérdida de control del sujeto sobre la información. El significado de este peligro es que queda oculto a los interesados quién, cómo y para qué está accediendo a sus datos personales, a quien se transmiten así como quienes son responsables de estos tratamientos, o en qué forma su posición jurídica y personal queda afectadas por ellos. Esta pérdida de control es, obviamente, consecuencia de los peligros anteriormente descritos. Como indica Bygrave, esta falta de control es percibida como una alteración esencial de las bases y términos de los “*contratos sociales*” que están implícitos en las relaciones entre las personas y las organizaciones con las que entran en contacto⁵⁸². Obviamente, esta amenaza está íntimamente relacionada con otras, de modo que por ejemplo, esta pérdida de control también conlleva la preocupación por las consecuencias dañinas que pueden derivarse de uso nocivo de la información. En muchas ocasiones se ve este peligro como una consecuencia de la combinación de todos los anteriormente enumerados.

7º.- Elaboración de perfiles sobre las personas. Estos perfiles pueden referirse a muy diversos aspectos de su vida personal o social, desde el genético o sanitario (incluyendo la propensión a enfermedades), las preferencias políticas, comportamiento de consumo, situación financiera, etc., que sin embargo pueden arrojar una luz equivocada sobre un individuo concreto. Las personas cuyos perfiles cumplen determinados criterios establecidos quizá por alguien anónimo o con intereses inconfesables, corren el riesgo de ser marcados como peligrosos o de ser sometidos a vigilancia, registros o discriminación⁵⁸³. Muy relacionada está la problemática de la toma de decisiones automatizadas basadas, en todo o en parte, en el tratamiento de datos personales, que lleva asociada la posibilidad de discriminación, arbitrariedad, deshumanización, etc.. Por eso, desde muy temprano, los autores se preocuparon de indicar que “*la intervención del juez nunca se puede reemplazar*”⁵⁸⁴. Como ha indicado Vittorio Frosini, “*la agresión más insidiosa, aunque indirecta, dirigida a la tutela de la vida privada es la determinada por el empleo de los calculadores electrónicos, instrumentos perfectamente impersonales, a diferencia de todos los otros medios de observación y de control, cuyo uso exige y establece un ligamento entre individuos observadores y observados*”⁵⁸⁵. Quizá el mayor riesgo derivado de la utilización de perfiles sea la discriminación de colectivos o de individuos particulares.

⁵⁸² BYGRAVE, *Data Protection Law*, op. cit., cap. 6, p. 44.

⁵⁸³ FROMKIN, A. M. «The Death of Privacy?» *Stanford Law Review* (May 2000), Vol. 52, 1461-1543 p. 1471.

⁵⁸⁴ SIMITIS, «Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung», op. cit., p. 673.

⁵⁸⁵ FROSINI, V., *Cibernética, derecho y sociedad* (Madrid, Tecnos, 1982), p. 178.

8º.- Uso ilícito de la información por el poder político. Posibilidad de un uso ilícito de la información, que puede llevar a la persecución de adversarios políticos o a la discriminación de determinados colectivos, grupos étnicos, etc. El peligro se nos muestra evidente en los regímenes totalitarios del pasado, pero incluso en nuestros días se encuentran ejemplos de este tipo de situaciones. Un notable ejemplo de aquella época es la denuncia, desde distintas instancias, de la praxis derivada del famoso “*Decreto contra los radicales*” (“*Radikakenerlass*”)⁵⁸⁶, que llevó a revisar, con medios informáticos, los expedientes personales de millones de funcionarios para averiguar su filiación ideológica⁵⁸⁷. Otros ejemplos más actuales pueden aducirse⁵⁸⁸. Sin necesidad de llegar a estos casos extremos pueden darse casos de extorsión o manipulación haciendo uso de la información personal objeto de tratamiento por órganos estatales para finalidades en principio legítimas.

9º.- Vigilancia y control social. Otra amenaza frecuentemente denunciada es la “*vigilancia*”, concepto con perfiles propios que está relacionado con el del “*control social*”. Desde la publicación del 1984 de Orwell, que tuvo lugar en 1949, hasta hoy, son innumerables las obras de cualquier género (libros de ficción o no, incluyendo novelas o películas), que describen o imaginan una vigilancia constante sobre todo lo que hacen o dicen los integrantes de nuestras sociedades contemporáneas. Se insiste asimismo en la tendencia a que esta vigilancia sea aún

⁵⁸⁶ Fue un acuerdo entre la Cancillería federal, que entonces ocupaba el socialista Willy Brandt, y los *Länder*, alcanzado el 28 de enero de 1972 por el cual, las personas cuya lealtad constitucional no estuviera garantizada por pertenecer o colaborar con organizaciones consideradas radicales, no podían ocupar puestos en la función pública. El nombre oficial del documento fue «*Grundsätze zur Frage der verfassungsfeindlichen Kräfte im öffentlichen Dienst, vom 28. Januar 1972*» [Principios para la cuestión de las fuerzas contrarias a la Constitución en la función pública], y su texto se puede encontrar en el *Bulletin der Bundesregierung* de 3 de febrero de 1972, p. 146 y s. El “*decreto*”, puesto en funcionamiento en medio de un momento de auge del terrorismo izquierdista y un ambiente políticamente crispado, provocó una ola de fuertes protestas, y fue abandonado poco después. Sus resultados prácticos fueron el despido de unas 130 personas de los organismos dependientes del gobierno federal y los estatales y el veto a varios miles de personas para acceder a la función pública.

⁵⁸⁷ Por ejemplo, SEIDEL, *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht* (Köhl, Schmidt, 1972), p. 50, que cifra en dos millones las personas investigadas. En la doctrina española se hace eco de esta cuestión, por ejemplo, LÓPEZ GARRIDO, D. «La sociedad informatizada y la crisis del Estado de bienestar» *Revista de Estudios Políticos* (Noviembre - Diciembre 1985), Núm. 48, 27-46, p. 39.

⁵⁸⁸ Noticias en prensa hablan de la existencia en Venezuela de la “Lista Tascón”, la lista de los casi cuatro millones de electores que en 2004 solicitaron el referéndum revocatorio del mandato del presidente Hugo Chávez, así como de la creación de similares listas posteriores, que han servido para llevar a cabo represalias contra los opositores que figuraban en ellas, tales como despidos, imposibilidad de encontrar empleo o público o realizar trámites administrativos. Así, VINOGRADOFF, Ludmila (corresponsal en Caracas), «Chávez coloca en una “lista negra” a todos los que participaron en las primarias de la oposición», *ABC*, 10 de abril de 2012, [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2013]; CASCANTE, Manuel M. (enviado especial), «Armas chavistas para ganar a Chávez», *ABC*, 2 de diciembre de 2006, [fecha de consulta: 4 de enero de 2007].

más intensa en un futuro más o menos cercano⁵⁸⁹. Todas estas obras han influido en la consolidación de una creencia social bastante extendida al respecto. Como afirma Lucas Murillo de la Cueva, “*utilizada como instrumento de control social, la informática es insuperable*”⁵⁹⁰. Es obvio que esta vigilancia, además de afectar gravemente a la intimidad, tiene otros efectos nocivos: puede impedir el libre ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, especialmente de la libertad ideológica y de expresión, y al mismo tiempo distorsiona la relación de poder entre los que vigilan y los que son vigilados⁵⁹¹

10º.- Acumulación excesiva y desequilibrio de poder. Por último, hay que mencionar la excesiva acumulación de poder en quienes realizan el procesamiento electrónico de datos personales, ya sean poderes públicos o entidades privadas. Respecto a los primeros, especialmente durante los primeros tiempos, preocupó la pérdida del equilibrio constitucional de poderes, especialmente en Alemania, y más en concreto el aumento de poder del ejecutivo, cuyas diversas ramas realizan muchos tratamientos de datos, sobre el legislativo y el judicial. Respecto a los operadores privados, hay también una llamada de atención sobre el peligro de la concentración de poder en sus manos⁵⁹². Pero en general, se considera el tratamiento de datos en el sector público y en el sector privado como igualmente peligrosos⁵⁹³, sin distinciones ni matices, postura de base que tendrá grandes consecuencias sobre los perfiles jurídicos del derecho fundamental a la protección de datos, en el que el tema de la “*drittwirkung*” del derecho fundamental es de gran importancia.

⁵⁸⁹ En relación específicamente con el tratamiento automático de datos hay un puñado de obras influyentes: RULE, J., *Private lives and public surveillance* (New York, Schocken, 1974) o las debidas a Gary T. Marx: MARX, G.T., «The Surveillance Society: The threat of 1984-style techniques» *The Futurist* (June 1985), p. 21-26 o MARX, G.T., *Undercover* (Berkeley; Los Angeles; London, University of California Press, 1988). La obra de David Lyon tiene más un carácter sistematizador: LYON, D., *The electronic eye* (Cambridge, Polity Press, 1994); hay versión española LYON, *El ojo electrónico*, op. cit.; LYON, D.; ZUREIK (ed.), E., *Computers, Surveillance & Privacy* (Minneapolis, MN, University of Minnesota Press, 1996); LYON, D., *Surveillance society* (Buckingham; Philadelphia, PA, 2001); LYON D. (ed.), *Surveillance as Social Sorting* (London, Routledge, 2003); LYON, D., *Surveillance Studies* (Cambridge; Malden, MA, Polite Press, 2007).

⁵⁹⁰ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, op. cit., p. 108.

⁵⁹¹ RICHARDS, N. «The dangers of surveillance» *Harvard Law Review* (Mayo 1963, vol. 134, nº 7), 1934-1965, p. 1935.

⁵⁹² RODOTÀ, S., *Elaboratori elettronici e controllo sociale* (Bologna, Il mulino, 1973).

⁵⁹³ Los ejemplos serían incontables. Entre otros muchos, LINOWES, «Must Personal Privacy Die in the Computer Age?», op. cit., p. 1184, donde encontramos la siguiente frase: “*it is widely believed that the balance of power in our society is becoming more and more dangerously weighted in favor of large institutions -government and industry alike*”. FROOMKIN, «The Death of Privacy?», op. cit., p. 1468 afirma que hay un continuo trasvase de datos uno a otro sector, ya que las personas privadas a menudo acceden a información de administraciones públicas y los gobiernos a menudo compran datos obtenidos en el sector privado

Se pueden resumir estos dos peligros en dos: el riesgo para la intimidad de la persona y el riesgo sobre el equilibrio de poderes⁵⁹⁴. En otras palabras, hay unos peligros que afectan más a la esfera individual de los individuos, sus derechos fundamentales, especialmente la intimidad, pero no exclusivamente, y otros en cambio en que el riesgo tiene una dimensión más social y política. Por eso, más exacta quizá es la formulación que encontramos en Madrid Conesa, que afirma que los nuevos peligros que surgen para los ciudadanos con la introducción de la informática en la sociedad se materializan en un doble nivel: en primer lugar peligros directos para los derechos y libertades individuales, y en segundo lugar peligros materializados indirectamente a través de ataques contra el Estado de Derecho, que tiene como finalidad primordial la garantía de esos derechos⁵⁹⁵. De hecho, como señaló en su día Wilhem Steinmüller, lo que realmente ponen en peligro los ordenadores no es la esfera privada de los ciudadanos, sino, al contrario, su esfera social, su esfera de actuación pública. La recopilación del conjunto global de informaciones que se generan sobre cada ciudadano, y que los medios informáticos permiten tener fácilmente centralizada y disponible, se revela como algo extremadamente peligroso para la libertad de los ciudadanos. De este modo, el derecho a la intimidad se traduce en un problema de libertad⁵⁹⁶. Se vea como se quiera, el caso es que continuamente volvemos a la conclusión de que, además de la “*intimidad*”, en la protección de datos tiene importancia también la “*libertad*”. Como dice Lucas Murillo de la Cueva, “*por tanto, es cierto que lo que está en juego no es solamente la intimidad, sino la identidad del hombre y su propia libertad. Y no se trata tanto de la libertad externa, como también de su libertad de conciencia...*”⁵⁹⁷.

Estos peligros excepcionales justifican una respuesta excepcional, que no es otra que un tipo especial de leyes llamadas “*leyes de protección de datos*”. Estas leyes, dictadas inicialmente para regular las actividades de tratamiento de datos personales llevadas a cabo con ordenadores, en lo que afecta al sector público son una manifestación propia del Estado de Derecho, en el que el Estado y todos sus órganos actúan con sujeción al ordenamiento jurídico. Y en lo que afecta al sector privado, en estas leyes se encuentra un buen número de limitaciones de la libertad general de acción que constituye el medio ambiente esencial en que se desarrolla cualquier tipo de actividad de los particulares en los sistemas políticos de la

⁵⁹⁴ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁹⁵ MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁹⁶ STEINMÜLLER, W., *EDV und Recht* (Berlin, Schweitzer, 1970), p. 19.

⁵⁹⁷ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, *op. cit.*, p. 114.

democracia liberal. Bajo la vigencia de estas leyes, el responsable del tratamiento, es decir, quien tiene la capacidad de decisión sobre el mismo, ya no es libre en su actividad de tratamiento de datos personales, sino que está sujeto a diversas restricciones jurídicas: desde la necesidad de autorización previa para el establecimiento de todos o algunos sistemas informatizados o, en su defecto, el deber de notificar los tratamientos a una administración pública, el cumplimiento de diversas obligaciones, de las cuales algunas son derechos subjetivos de los interesados y otras no (como el deber de establecer medidas de seguridad o de informar a los afectados en la recogida de sus datos) y la carga de soportar las diversas de esta administración (someterse a inspecciones, recibir instrucciones, ser sancionado).

5.6. El término “protección de datos”.

Poco antes de la aparición de la ley de Hesse de 1970, se acuña el término con el que se conocerá en lo sucesivo este sector del ordenamiento: “*protección de datos*”, que es traducción literal del alemán “*Datenschutz*”. Según afirma Bygrave, el término se acuñó por derivación de “*datensicherung*” [seguridad de datos]⁵⁹⁸. Ya hemos visto que esta problemática era importante en el momento de la aparición de la protección de datos. Según este autor, después de una intensa discusión, se concluyó que “*seguridad de datos*” no servía para reflejar todos los aspectos de la cuestión, por lo que se creó “*protección de datos*”. En efecto, en un sentido, seguridad de datos o de la información es un concepto más amplio que el de protección de datos, porque no se refiere sólo a datos personales, sino a cualquier tipo de información utilizada para cualquier finalidad. En otro sentido es más restringido, porque protección de datos comprende más cosas que la mera seguridad informática, como la legitimación del tratamiento o la información al afectado. Es obvio que una seguridad de la información a ultranza, que buscar defender primariamente los intereses del propietario o responsable de la información y no del afectado, puede entrar en conflicto con los fines que persigue la protección de datos⁵⁹⁹. Así, en aras de mantener la integridad, no se podrían rectificar o cancelar los datos, ni en virtud del principio de confidencialidad podría facilitarse la información al propio interesado, etc.

Pero un par de meses antes de la aprobación de la ley, en agosto de 1970, la palabra “*Datenschutz*” aparece en un artículo doctrinal de Ulrich Seidel acerca del efecto del tratamiento electrónico de datos sobre los derechos de la personalidad, en que se distingue netamente este término del de “*Datensicherung*”. Aquel

⁵⁹⁸ BYGRAVE, L., *Data Protection Law*, op. cit., 21.

⁵⁹⁹ BYGRAVE, *Data Protection Law*, op. cit., p. 25.

protege la personalidad del sujeto en todas sus dimensiones. Dice Seidel que las medidas de seguridad solo dan respuesta al problema parcialmente, ya que se trata también de determinar quien tiene acceso legítimo a los datos y para que finalidades puede acceder a ellos⁶⁰⁰.

En todo caso, cuando se aprobó la ley de Hesse de 1970, su título escueto sólo decía eso: “*ley de protección de datos*” (“*Datenschutzgesetz*”)⁶⁰¹. Es cierto, que antes de esta ley, esta expresión casi era por completo desconocida, y después ha quedado consolidada definitivamente. Unos meses después, en abril de 1971, Spiros Simitis usa ya el término en el título de un artículo doctrinal para referirse con carácter genérico a la problemática de la amenaza de los ordenadores sobre la intimidad y la libertad⁶⁰²: el título de su estudio era precisamente *Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung: Zur problematik des Datenschutzes* [Oportunidades y peligros del tratamiento electrónico de datos: sobre la problemática de la protección de datos]. Y muy poco después, en julio de 1971, los autores del informe *Grundfragen des Datenschutzes*, indican, algo lacónicamente, que aunque se habían propuesto otros términos, como “*protección de la información*” (“*Informationenschutz*”), la palabra “*Datenschutz*” ya estaba implantada, por lo que procede continuar utilizándola⁶⁰³. Se pueden aducir fácilmente otros ejemplos del uso de la expresión con su significado actual a lo largo de 1971 en la doctrina alemana. Bull recuerda que la justificación del empleo de la palabra en el borrador de ley federal alemana de 1973, no obstante su imprecisión, es que la expresión ya era “*de uso general desde hacía algún tiempo*”⁶⁰⁴. Y en 1976, otro autor alemán, Cristoph Sasse pudo afirmar que tratar de definir “*protección de datos*” era fútil si no tautológico⁶⁰⁵.

Desde el principio, se ha reconocido que no es una expresión muy correcta, aunque su significado pueda ser más o menos claro⁶⁰⁶. La crítica es justa, porque el objeto de la “*protección*” en realidad no son los datos, sino las personas a las que

⁶⁰⁰ SEIDEL, «Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privaten Danken» *op. cit.*, p. 1583.

⁶⁰¹ Cfr. BULL, *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer*, *op. cit.*, p. 84, que asigna la autoría a los legisladores del Land de Hesse.

⁶⁰² SIMITIS, «Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung», *op. cit.*.

⁶⁰³ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 44, nota 6. Quien había propuesto ese otro término era Wilhelm STEINMÜLLER, a la sazón el más importante contribuyente del informe, en una obra de 1970: STEINMÜLLER, W., *EDV und Recht* (Berlin, Schweitzer, 1970).

⁶⁰⁴ BULL, *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer*, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁰⁵ SASSE, C., *Sinn und Unsinn des Datenschutzes* (Karlsruhe/Heidelberg, C.F. Müller, 1976), p. 78.

⁶⁰⁶ HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, *op. cit.*, pág. 1.

éstos se refieren⁶⁰⁷. Quizá por eso, algunas leyes posteriores -escasas- han intentado emplear otra terminología más adecuada. Por ejemplo, la segunda ley de un *Land* alemán sobre protección de datos, la Ley de Renania-Palatinado de 24 de Enero de 1974, se tituló “*Ley contra la utilización abusiva de los datos*”⁶⁰⁸ o la primera ley federal alemana, de 27 de enero de 1977, se denominó “*Ley para la protección del mal uso de los datos personales a través de su tratamiento*”⁶⁰⁹. Pero formulaciones de este estilo, que expresan mucho mejor el contenido de este tipo de leyes⁶¹⁰, no han tenido éxito ante la fuerza arrolladora de la locución “*protección de datos*”: no sólo el título abreviado o resumido de ambas leyes era “*ley de protección de datos*”, sino que sus primeros artículos respectivos los dedicaban a señalar cual son la tarea y el objeto de la “*protección de datos*”. El término está completamente consolidado y es de amplio uso en las principales lenguas occidentales, además de la española. Así, por ejemplo, podemos encontrar “*(personal) data protection*” en inglés, “*protection des données (personnelles)*” en francés, “*protezione dei dati (personali)*” en italiano, “*protecção dos dados (pessoais)*” en portugués o “*ochrona danych (osobowych)*” en polaco. El éxito del término –bastante sorprendente, al decir de Garstka⁶¹¹– es tal, que muchas de las más recientes expresiones normativas en el nivel constitucional relativas a estos asuntos simplemente proclaman que los ciudadanos tienen derecho a la protección de sus datos personales, o que sus datos estarán protegidos, como si todo el mundo supiera ya, sin necesidad de ninguna otra explicación o ulterior desarrollo, qué es lo que quiere decir “*protección de datos*”.

Para finalizar, puede mencionarse que, según unos autores que han procurado uno de los escasos ejemplos de utilización de “*protección de datos*” en los Estados Unidos, en aquel país el término evoca más bien principios de protección de la

⁶⁰⁷ Véase, por ejemplo, SIMITIS, «Einleitung», *op. cit.*, p. 53; BENNETT, *Regulating Privacy, op. cit.*, p. 76; BULL, *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer, op. cit.*, p. 84-85; BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», *op. cit.*, 43-69, p. 46, que recuerda que los nombres equívocos tienden a tener éxito y permanecer más tiempo en uso.

⁶⁰⁸ ALEMANIA, Renania-Palatinado. *Gesetz gegen mißbräuchliche Datennutzung (Landesdatenschutzgesetz -LDatG-) Vom 24. Januar 1974* [Ley contra la utilización abusiva de los datos (Ley estatal de protección de datos -LdatG-) de 24 de enero de 1974]. *GVOBl. RP*, 4 de febrero de 1974, No. 3, p. 31-33.

⁶⁰⁹ ALEMANIA. *Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) Vom 27 Januar 1977*, *cit.*

⁶¹⁰ Quizá la mejor de todas sea la de la ley del *Land* de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, que se titula “*Ley para la protección de los ciudadanos en el tratamiento de sus datos*”: ALEMANIA, Mecklemburgo-Pomerania Occidental. *Gesetz zum Schutz des Bürgers bei der Verarbeitung seiner Daten (Landesdatenschutzgesetz - DSG M-V) Vom 28. März 2002* [Ley para la protección de los ciudadanos del tratamiento de sus datos (Ley estatal de protección de datos - DSG M-V) de 28 de marzo de 2002]. *GVOBl. M-V*, 2002, p. 154.

⁶¹¹ GARSTKA, H., «Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz», en SCHUZKI-HADDOUTI (Hrsg.), *Bürgerrechte im Netz* (Wiesbaden, VS Verlag, 2003), 48-70, p. 49.

propiedad intelectual y secretos de negocio, así como la adopción de medidas de seguridad tecnológicas, a diferencia de los países europeos, donde tiene un claro significado de un sistema de normas que aseguran el tratamiento adecuado de datos. Sin embargo, es indiscutible que “*protección de datos*” tiene un significado más mucho preciso y concreto que el vaporoso concepto de la “*privacy*”⁶¹².

⁶¹² SCHWARTZ, P.; REINDENBERG, J., *Data Privacy Law* (Charlottesville, Va, Michigan, Michie, 1996).

p. 5, “«*data protection*» evokes intellectual property principles of copyright and trade secrets as well as technological security measures”.

6. LA ERA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

6.1. La *Datenschutzgesetz* de Hesse y su contexto

La *Datenschutzgesetz* de Hesse se aprobó en el contexto de la informatización de los *Länder* alemanes. Estas entidades de derecho público estaban adquiriendo por los años 60 equipos informáticos para establecer centros de procesos de datos, al objeto de prestar servicio a la administración del *Land* y de las entidades locales de su territorio. Era una tendencia muy general, hasta el punto de que se establecieron unos mecanismos de coordinación desde la administración federal⁶¹³. Prácticamente todos los *Länder* tenían su propio “*Plan*” de informatización, que se vinculaba a la mejora de los procesos administrativos y a la reforma de la administración. En algún caso, se establecieron acuerdos de colaboración o de uso compartido de los centros, especialmente en los casos de los territorios más pequeños.

Pero lo cierto es que las relaciones entre administración pública y tratamiento electrónico de datos (“*Elektronische Datenverarbeitung*”, EDV) preocupaban a los administrativistas alemanes desde hacía unos años. Por obvias razones de eficiencia de la administración pública, se tendía a impulsar el uso de la tecnología informática, e incluso se llegaba a firmar que la implantación de los medios informáticos era un imperativo derivado del principio de eficacia y servicio a los intereses generales que debe regir el funcionamiento de los órganos administrativos. Pero al mismo tiempo, se advertía que el uso de estos medios no debía suponer un cambio en el “*status*” del administrado, ni en sus derechos, ni tampoco en la relación jurídica de sujeción entre administración y administrado. También había una reflexión política, que se dirigía hacia la cuestión de si el establecimiento de estos centros de procesos de datos tenía la capacidad de alterar el equilibrio de poder en el sistema político⁶¹⁴. Obviamente, todas estas reflexiones estaban muy influidas por la percepción que se tenía entonces de los ordenadores, y por el candente tema de la información social, que estaba en todo su apogeo. Los legisladores regionales quisieron limitar el uso de esos sistemas, de forma que quedaran salvaguardados, en primer lugar, los derechos y autonomía de las entidades locales frente al *Land*, en segundo término, del control del poder legislativo sobre el ejecutivo; y por último, los derechos de los ciudadanos⁶¹⁵. Esta última parte es la que ha quedado para la posteridad como aportación fundamental

⁶¹³ MAYER-SCHÖNBERGER, V., «Generational development of data protection in Europe», en AGRE; ROTENBERG, *Technology and Privacy*, op. cit., 219-241 p. 222.

⁶¹⁴ Véase a este respecto, WATERKAMP, R., *Politische Leitung und Systemveränderung* (Köhl/Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, 1974).

⁶¹⁵ BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», op. cit., p. 45.

de la Ley, en la que aparecen por vez primera muchas características del actual derecho de protección de datos.

La reflexión jurídica a que hemos aludido está seguramente detrás del hecho de que, a finales de la década de 1960 y comienzos de la de 1970, un extenso grupo de *Länder* comenzara a aprobar leyes para regular los centros de proceso de datos de las administraciones públicas de su territorio, o en algún caso, los propios planes de informatización⁶¹⁶: Schleswig-Holstein, Baviera, Renania-Palatinado, Renania del Norte-Westfalia, Baden-Württemberg, y la propia Hesse, que aprobó una Ley sobre la creación de la Central para el procesamiento de datos y de los centros de cálculo territoriales de las entidades locales, de 16 de diciembre de 1968⁶¹⁷. No se trata de leyes de protección de datos todavía, sino de regulación de una actividad administrativa que establecen las actividades básicas y los oportunos sistemas de gobierno y financiación. Pero, en una interesante demostración de cuál era el tipo de problemas que preocupaba a los gestores de este tipo de centros, un Reglamento interno de funcionamiento de la primera de las citadas leyes, la de Schleswig-Holstein, por primera vez incorporaba obligaciones de confidencialidad y de secreto en el tratamiento automatizado de datos⁶¹⁸. Pero no estamos todavía en el ámbito de la protección de datos.

La entrada en la era de la protección de datos se produce con la *Datenschutzgesetz* de Hesse de 7 de octubre de 1970⁶¹⁹. La primera aportación de esta ley al derecho de protección de datos es, por supuesto el nombre: el propio término “*protección de datos*”, traducción literal de “*Datenschutz*”, procede esta ley.

⁶¹⁶ Algunas de estas leyes, o proyectos de las mismas, reproducidos en KERKAU, H.J., *Automatische Datenverarbeitung (ADV)* (Berlin, J. Schweitzer, 1970).

⁶¹⁷ ALEMANIA, Hesse. *Gesetz über die Errichtung der Hessischen Zentrale für Datenverarbeitung und Kommunale Gebietsrechenzentren vom. 16. Dezember 1969* [Ley sobre la creación de la Central para el procesamiento de datos y de los centros de cálculo territoriales de las entidades locales de 16 de diciembre de 1969]. *GVOBl. HE I.*, 22 de diciembre de 1969, Nr. 12, p. 304.

⁶¹⁸ ALEMANIA, Schleswig-Holstein. *Dienstanweisung über den Schutz der Daten und ihrer Geheimhaltung in der Datenzentrale Schleswig-Holstein vom. 3 Februar 1970*. Este texto, que sepamos, no fue objeto de publicación en ningún boletín oficial, se encuentra reproducido en KERKAU, *Automatische Datenverarbeitung (ADV)*, *op. cit.*, p. 100-103. En cambio, no aparecen estas normas de confidencialidad en la Ley. ALEMANIA, Schleswig-Holstein. *Gesetz über die Datenzentrale Schleswig-Holstein vom 2. April 1968* [Ley sobre la Central de Datos de Schleswig-Holstein de 2 de abril de 1968]. *GVOBl. Schl-H*, 11 de abril de 1968, Nr. 10, p. 92, ni en la norma de desarrollo reglamentario de la ley: ALEMANIA, Schleswig-Holstein, *Landesverordnung über die Satzung der Datenzentrale Schleswig-Holstein vom 13. Mai 1968* [Reglamento estatal sobre los estatutos de la Central de Datos de Schleswig-Holstein, de 13 de mayo de 1968]. *GVOBl. Schl-H*, 31 de mayo de 1968, Nr. 12, p. 149.

⁶¹⁹ ALEMANIA, Hesse. *Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970*, *cit.*; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos* (Madrid, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, 1977), p. 16-22.

En segundo lugar, la ley tiene un enfoque “*omnibus*” relativo, ya que comprende en su ámbito de aplicación *todos* los tratamientos de datos realizados por las instituciones públicas bajo la autoridad del *Land* y no sólo los dedicados a alguna finalidad concreta (§ 1, que de todas formas es el máximo que podía establecerse por un acto legislativo de este *Land*, debido a las características propias del federalismo alemán). Se aplica a personas físicas y jurídicas, como corresponde con la motivación que hemos señalado antes, consistente en proteger los derechos de los administrados frente al tratamiento de datos. Se establece la obligación de adoptar “*precauciones técnicas idóneas*”, incluyendo la prohibición general de que terceros accedan a los datos (§§ 2, 3,1 y 3.2) y de mantener secreto profesional sobre los datos (§ 3, 3). De esta forma, como regla general se consideran los datos personales sometidos a tratamiento por el *Land* como confidenciales, lo que supone que el concreto tratamiento de la cesión o comunicación de datos está necesitada una legitimación especial, que en el caso de esta ley todavía están lejos de la voluntad del interesado: son las previsiones legales, o bien una orden expresa de quienes tienen encomendada la supervisión o control de los procesos informáticos del *Land* (§ 3,1). Se reconocen los derechos de rectificación (§ 4, 1 si los datos son inexactos) y una especie del derecho de oposición *sui generis* a la cesión de los datos a terceros cuando esta cesión no sea conforme a derecho (§ 4, 2). Respecto al derecho de acceso, no lo reconoce formalmente, pero se desprende implícitamente que tanto personas físicas como jurídicas pueden acceder a la información, como consecuencia del derecho de cada interesado a acceder a los expedientes administrativos en los que figure (§ 5, 3). Se establece un órgano de supervisión independiente (que no puede ser removido de su puesto salvo en circunstancias excepcionales), llamado *Datenschutzbeauftragter* [Comisionado de Protección de Datos], un comisionado nombrado por el Ministro Presidente, cuyas potestades van en la línea de un “*Ombudsman*”: únicamente puede recibir quejas de los ciudadanos y velar de forma genérica por el respeto general de la ley (§§ 7-15).

Pero sobre todo, muy suavemente, introduce por primera vez en la historia la “*regla negativa de legitimación*”: el § 5.1 indica que podrán facilitarse datos para los bancos de datos y sistemas de información de la administración, y también para finalidades estadísticas de los organismos públicos a los que se aplica la ley. *Sensu contrario*, no está amparado por el ordenamiento jurídico el tratamiento realizado fuera esos bancos de datos y sistemas de información, que partiendo de la base de que la administración funciona con arreglo al principio de legalidad, han tenido que ser constituidos y aprobados con arreglo a esta legalidad. En otras palabras sólo procederse al tratamiento de datos en los casos previstos en la ley, quedando por tanto deslegitimada toda actividad de tratamiento que no caiga dentro de estos supuestos. En la Ley de Hesse la legitimación deriva de las

potestades administrativas, de modo que sólo podrán tratarse los datos en cuanto sea necesario o conveniente para el ejercicio de la actividad administrativa. La siguiente ley *omnibus* de protección de datos, la *Datalag* [Ley de datos] sueca de 1973⁶²⁰, expresaría este mismo principio con mucha más contundencia, al establecer que todo tratamiento de datos debía ser previamente autorizado por el organismo independiente de supervisión (en el caso sueco llamada “*Datainspektionen*”). Este es el principio que constituye la esencia de todas las normas de protección de datos, y debemos a la Ley de Hesse su aportación a la historia del derecho.

La Ley de Hesse es una ley de protección de datos porque agrupa diversas medidas que regulan el tratamiento de datos, bajo un mismo texto normativo que traduce una filosofía de protección de los interesados, vertebrado por el principio de legitimidad del tratamiento. Además, esta ley introduce por primera vez en la historia del derecho un grupo de conceptos nuevos (más que de términos), que volverán a aparecer en todas las leyes posteriores: datos (“*Daten*”), banco de datos (que luego sería sustituido por fichero) (“*Datenbank*”), protección de datos (“*Datenschutz*”), tratamiento de datos (“*Datenverarbeitung*” o “*maschinellen Datenverarbeitung*”), algunas específicas operaciones de tratamiento de datos (aunque algunas de estas palabras serían sustituidas por otras), como recogida de datos (“*Datenerfassung*”), cesión de datos (“*Datentransport*”) o almacenamiento de datos (“*Datenspeicherung*”), deber de secreto sobre los datos (“*Datengeheimnis*”), o Comisionado de protección de datos (“*Datenschutzbeauftragter*”)⁶²¹.

No cabe llevarse a engaño. Bajo esta apariencia de insulsa ley administrativa, de apariencia inocua, subyace un planteamiento revolucionario. En un discurso pronunciado el 16 diciembre de 1970, el Ministro Presidente del *Land* de Hesse afirmó que con la aprobación de esta ley se trataba de evitar que se convirtiera en realidad la visión orwelliana del estado omnipotente (“*die Orwellsche Vision des allmächtigen Staates*”), que éste pudiera acceder a los aspectos más íntimos de la vida humana y que pudiera manipular a las personas a través de los datos personales. Y cuando unos meses después de la aprobación de la Ley, el periodista Gerhard Ziegler entrevistó en el periódico *Die Zeit*, al primer *Datenschutzbeauftragter* del estado de Hesse, Willi Birkelbach, este afirmó que había que buscar un equilibrio que garantizara por igual la intimidad de los ciudadanos (“*die Privatsphäre des Bürgers*”) de un lado, y las necesidades de

⁶²⁰ SUECIA. *Datalag* [Ley de datos]. *SFS*, 1973:289.

⁶²¹ MAYER-SCHÖNBERGER, «Generational development of data protection in Europe», *op. cit.*, p. 224.

información del legislativo y ejecutivo, por otro⁶²². Queda claro, pues, cuál es la base ideológica que sustenta esta ley y a qué línea genética pertenece.

6.2. Una aclaración sobre las “generaciones de leyes de protección de datos”

La costumbre de hablar de “*generaciones*” de leyes protección de datos con toda seguridad arranca de una breve sugerencia de Hondius, que tiene los visos de una profecía autocumplida⁶²³. En la doctrina española, Heredero Higuera recogió este planteamiento y en la «Nota Preliminar» al volumen III de *Informática: leyes de protección de datos* publicado en 1988, indicó que las normas recopiladas en dicho volumen, que habían sido dictadas con posterioridad a 1978, pertenecían a una “*segunda generación*” de leyes sobre protección de datos, cuya aparición se debía a nuevos peligros derivados del cambio en la tecnología de los ordenadores. La referencia cronológica al año 1978 es un tanto confusa, porque en el volumen I se recogen seis leyes de protección de datos anteriores a dicho año (Ley de Hesse de 1970, ley sueca de 1973, “*Privacy Act*” americana de 1974, Ley federal alemana de 1977, además de las leyes sectoriales sueca y americana relativas a los ficheros de solvencia), mientras que en el volumen II se incluían cinco leyes de 1978 (ley francesa, ley austriaca, las dos leyes danesas y la ley noruega)⁶²⁴. Nos quedamos con la duda, pues, de si la Ley francesa de 1978 y las leyes posteriores son de la primera o segunda generación. Posteriormente, se ha hablado de una tercera generación de leyes constituida por la Directiva 95/46/CEE, y las normas que siguen sus principios. Así pues, la primera generación de leyes de protección de datos se caracteriza porque al estar el tratamiento de datos personales centralizado en unos pocos ordenadores gigantescos, la protección venía dada por la autorización previa al tratamiento y su control posterior, especialmente de la transferencia a otros ordenadores; la segunda generación responde a la aparición de la microinformática y el ordenador personal. Su principal característica es que trata de limitar el tratamiento de datos sensibles y la calidad y exactitud de los datos, y sobre todo, que ante la popularización de los ordenadores entre los particulares, y la aparición de las primeras redes telemáticas de uso masivo, se centra en el consentimiento como principio general legitimador del tratamiento⁶²⁵.

⁶²² ZIEGLER, G. «Wiesbadener Weltpremiere» *Die Zeit* [en línea] (21. Mai 1971). La referencia al discurso del *Ministerpräsident*, también en este artículo.

⁶²³ HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit. p. 18; “*Data protection law will perhaps have its generations, like computers*”.

⁶²⁴ Cfr. HEREDERO HIGUERAS, M., «Nota Preliminar». En *Informática: Leyes de protección de datos, III* (Madrid, Dirección General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática, 1988).

⁶²⁵ LOSANO, M. «Los Proyectos de Ley italianos sobre la protección de Datos personales», en PEREZ LUÑO, E. (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*. (Madrid, Tecnos-Fundación cultural Enrique Luño Peña, 1987), p. 293.

Sin embargo, otros autores periodifican las de generaciones de leyes de protección de datos en otro sentido completamente distinto. Para Pérez Luño, la primera generación se basaba en la autorización previa de los ficheros, ya que éstos eran escasos, voluminosos y fácilmente localizables; las leyes de la segunda generación tenían como principal objetivo la garantía de los datos “*sensibles*”, por su inmediata incidencia en la privacidad o su riesgo para prácticas discriminatorias; y, en la actualidad, a las de la tercera generación, se dictaron en plena revolución microinformática con la consiguiente difusión capilar de los bancos de datos, que ha hecho prácticamente inviable el control previo de los equipos informáticos. Además, la tutela de las informaciones ya no puede quedar circunscrita al factor estático de su calidad (principalmente su exactitud), según el criterio predominante en la segunda generación, por lo que ahora lo importante es basar la legislación en el concepto de tratamiento y no en el de fichero⁶²⁶. Como leyes paradigmáticas de esta tercera generación estarían la LORTAD de 1993 y Directiva 95/46/CE de 1995⁶²⁷. En la doctrina extranjera, por ejemplo, Bergfeld afirma que la Directiva 95/46/CE inaugura una nueva generación de leyes porque ya no se basan en el concepto estático del fichero sino en el dinámico del tratamiento⁶²⁸. Para Bennett, la primera generación se extiende hasta 1981-1982⁶²⁹. Sobre todo es interesante aquí la aportación Mayer-Schönberger, para quien la clasificación por generaciones es la base para la elaboración de una discutible teoría sobre la ausencia de interés de las primeras leyes de protección de datos, hasta la *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977 inclusive, en la protección de la personalidad del individuo⁶³⁰.

Ante este panorama, cabe subrayar no sólo la falta de un planteamiento común sobre lo que deben ser las distintas generaciones de leyes de protección de datos. También hay que indicar que las distintas construcciones difícilmente se ajustan a la verdad de las leyes de protección de datos aprobadas en los diez o doce primeros años. Si el criterio para diferenciar entre la primera y la segunda generación es el concepto base de tratamiento y no el de fichero, entonces habría que remontarse a 1978, con la ley francesa, y no a la Directiva 95/46/CE. Además, la LORTAD española sigue anclada en el concepto de fichero, al igual que su modelo, la *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977. Si el criterio clave es la necesidad

⁶²⁶ PÉREZ LUÑO, A-E., «La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada» *Isegoría* (2000), 22, 59-68, p. 64-65.

⁶²⁷ PÉREZ LUÑO, A-E. «La tutela de la libertad informática», *op. cit.*

⁶²⁸ BERGFELD, J. P. «EC Data Protection Directive, impact on Dutch Data Protection Law» [en línea] *The Journal of Information, Law and Technology* (1996).

⁶²⁹ BENNETT, *Regulating Privacy, op. cit.*, p. 60, 115, nota 73, 140.

⁶³⁰ MAYER-SCHÖNBERGER, «Generational development of data protection in Europe», *op. cit.*

de autorización previa antes de proceder al tratamiento de datos, debe tenerse en cuenta que esta autorización solo aparece en algunas leyes nórdicas (Suecia y Noruega, pero no en Dinamarca) por un tiempo limitado: en Suecia entre 1973 y 1981, luego pasó a la Ley noruega de 1978.

En muchos de los autores que hablan de “*generaciones de leyes de protección de datos*”, el concepto se vincula, siguiendo la inicial sugerencia de Hondius, al concepto de las “*generaciones informáticas*”. Este es un concepto que estuvo en boga hace años, pero al que la evolución tecnológica ha desarbolado, y de hecho, ya no recurren a él las contribuciones más recientes sobre historia de la informática⁶³¹. Este esquema de generaciones informáticas viene a decir que la primera generación de ordenadores es la de los fabricados con válvulas de vacío, la segunda con transistores, la tercera es la de la tecnología de circuitos integrados, la cuarta la de los ordenadores basados en el microprocesador, y la quinta y sexta generaciones informáticas (ya con menos consenso), desde los años 80, en que se popularizan los ordenadores personales y, posteriormente, el intercambio de información por redes telemáticas. De este modo, las “*generaciones de leyes de protección de datos*”, estarían vinculadas a cada una de esas generaciones informáticas, de modo que la primera generación de leyes corresponde a la tercera informática, la segunda de leyes a la cuarta, y así sucesivamente. Esta correlación nos parece completamente artificiosa y carente de fundamento. Desde luego, las leyes de protección de datos no han evolucionado al ritmo que lo hacía la informática. Más bien hay un arrastre sucesivo de materiales, bajo una sustancial unidad, con aportaciones puntuales y esporádicas que van siguiendo las siguientes leyes, pero no un esquema rígidamente partido. De este modo, en las diez o doce leyes aprobadas hasta 1983, incluso prácticamente en las seis aprobadas hasta la ley francesa de 1978, están comprendidas prácticamente todas las instituciones de las actuales legislaciones de protección de datos, como tendremos oportunidad de comprobar. De hecho, el cambio más notable en estas leyes se produce cuando la ley francesa de 1978 incorpora para definir el ámbito objetivo de su regulación no los ficheros o bases de datos, sino el concepto de tratamiento. Pero no todas las leyes posteriores siguieron el mismo planteamiento. El caso es que, a finales de 1978 está ya consolidada en sus líneas esenciales el modelo europeo de protección de datos, que llega hasta hoy. El cambio más sobresaliente, que es la cada vez mayor prevalencia del consentimiento como fuente de legitimación viene de fuentes externas a las propias leyes, como la “*Verfassungsurteil*” de 1983, y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Por tanto, no hay saltos

⁶³¹ Aunque todavía es la base de la exposición de SWEDIN, E.G.; FERRO, D.L., *Computers* (Wesport, Co., Greenwood, 2005), por ejemplo.

generacionales en las leyes de protección de datos, sino más bien una suave evolución cronológica.

6.3. Las leyes del primer periodo

A) Las leyes europeas

a) Las leyes suecas de 1973

En el año 1973, el Parlamento sueco aprobó dos leyes de protección de datos, una de enfoque *omnibus*, la *Datalag* [Ley de datos]⁶³², de 11 de mayo de 1973, y otra de enfoque sectorial, la *Kreditupplysningslag* [Ley de informaciones de crédito], de 14 de diciembre de 1973, dedicada a regular el suministro de información sobre solvencia⁶³³. Por tanto, se convirtió en el primer Estado del mundo en regular a nivel nacional el uso de los datos personales a través de sistemas informatizados.

Si la ley de Hesse es recordada por la novedad que supuso en el campo del derecho comparado, la *Datalag* sueca, mucho más extensa y ambiciosa, tiene una importancia fundamental en el desarrollo del derecho de protección de datos. La *Datalag* fue la primera ley que extiende su ámbito de aplicación a todos los tratamientos de datos realizados en el territorio de un Estado. Por tanto, porta un enfoque “*omnibus*” completo, al comprender todos los tratamientos de datos del sector público y del sector privado (Sec. 1). Por varios factores parece ya una ley contemporánea, con su detallada regulación de todos los aspectos relativos al tratamiento de datos, siendo tomada como modelo en época temprana por otros países nórdicos. Las causas que explican la aparición de la ley sueca son tres, según Burkert⁶³⁴: el alto grado de computerización del país en los primeros años 70, la existencia desde la década de 1940 de un número único de identificación personal, que se quería utilizar para vincular la información de varios ficheros informáticos estatales, y, por último, la neutralidad sueca en el plano de las relaciones internacionales, que los legisladores intentaron mantener evitando el acceso de potencias extranjeras a los ficheros de datos nacionales. Por su parte, Hondius pone el acento, además de en el elevado nivel de informatización del país, en la existencia de la tradicional legislación sobre transparencia administrativa, que arranca del siglo XVIII, y que forma parte del sistema constitucional sueco; en virtud de esta legislación, que deriva de la Ordenanza de libertad de prensa de

⁶³² SUECIA. *Datalag*, cit.; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos*, op. cit., p. 23-33.

⁶³³ SUECIA. *Kreditupplysningslag* [Ley de informaciones de crédito]. SFS. 1973: 1173; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos*, op. cit., p. 105-125.

⁶³⁴ BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», op. cit., p. 48.

1949 (*“Tryckfrihetsförordningen”*)⁶³⁵, cualquier ciudadano tendría acceso completo a los registros administrativos, por lo que se hizo necesaria una ley que regulara específicamente los nuevos ficheros informatizados⁶³⁶. Por su parte Flaherty incide en la influencia de algunos activistas de la protección de datos, como Jan Freese, que ocuparon puestos directivos en la *Datainspektionen*, y que han jugado un papel clave en el establecimiento de una cultura de protección de datos en el país⁶³⁷.

La *Datalag* mantiene los principios generales de la Ley de Hesse, pero incorporando las siguientes novedades:

- Comienzan a emplearse conceptos definidos legalmente tales como “*información o datos de carácter personal*” (que son los referidos a una persona física) “*fichero*” (que son sólo los registros que se procesan con sistemas automáticos de información), “*responsable del fichero*” o “*afectado*” (Sec. 1). Como consecuencia de estas definiciones, la ley es aplicable sólo a personas físicas, a diferencia de la Ley de Hesse, que se aplicaba también a las personas jurídicas.

⁶³⁵ La primera predecesora de esta norma fue la famosa Ordenanza sobre la libertad de prensa (*“Tryckfrihetsförordning”*) de 2 de diciembre de 1766; *vid.* SKUNCKE, M-C. «Freedom of the Press and Social Equality in Sweden, 1766-1772», en IHALAINEN, P.; BREGNSBO, M.; SENNEFELT, K.; WINTON, P., *Scandinavia in the Age of Revolution* (Farnham, UK; Burlington, VT, USA, Ashgate, 2009), p. 133-144; RIEKKINEN, M.; SUKSI, M., *Access to information and documents as a human right*, [en línea] (Turku; Åbo, Institute for Human Rights; Åbo Akademi University, 2014, p. 6-25; MUSTONEN, J., *The World's First Freedom of Information Act*, [en línea] (Kokkola, Anders Chydenius Foundation, 2006. Una traducción al inglés de la Ordenanza en este volumen, debida a Peter HOGG: «His Majesty's Gracious Ordinance Relating to Freedom of Writing and of the Press (1766)», p. 8-17.. La Ordenanza de 1766 fue un triunfo de los burgueses liberales sobre el elemento aristocrático que dominaba el gobierno y la administración. En buena medida se debió al clérigo luterano Anders Chydenius, nacido en Finlandia, entonces posesión sueca, y miembro del Parlamento (*“Riksdag”*). Además de recogerse expresamente la libertad de prensa, se establece por primera vez en la historia una norma que sería excepcional durante casi dos siglos en el derecho comparado: el reconocimiento expreso del derecho de cualquier ciudadano a acceder a la documentación oficial, incluyendo la parlamentaria, la judicial, la del gobierno, y cualquier otra generada por los poderes públicos. Este derecho viene recogido en las secciones 6 a 11 de la Ordenanza. Específicamente se establece que se permitirá el libre acceso a todos los archivos, con el propósito de copiar los documentos en el mismo lugar, u obtener una copia de certificada de ellos (Sec. 7). La norma tendría una corta vigencia, ya que en 1772 el rey Gustavo III instauró un gobierno autoritario y en 1774 aprobó una nueva Ordenanza con muchas más restricciones a la actividad de la prensa, aunque sin llegar a establecer la censura previa en las publicaciones no religiosas, y limitando sensiblemente el derecho de acceso a los documentos públicos. Pero el espíritu de la primitiva Ordenanza fue restaurado con nuevas normas entre los años 1809 y 1812, y hasta hoy forma parte sustancial del derecho constitucional sueco. Este principio de acceso a la información pública es de gran importancia en el derecho de los países escandinavos, en general, y ha sido una cuestión de gran importancia en relación con la aprobación y posteriormente las reformas de la legislación de protección de datos en estos países.

⁶³⁶ HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, *op. cit.* p. 44-47.

⁶³⁷ FLAHERTY, D., *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, *op. cit.*, p. 93

- Con carácter previo al tratamiento de datos, debe haber una autorización de la entidad pública competente (*Datainspektionen*). Esta autorización, que tenía carácter constitutivo⁶³⁸, sólo estaba excepcionada en los tratamientos de datos creados por decisión del Rey o del Parlamento (Sec. 2, 3, 12, 15), aunque la *Datainspektionen* debía ser oída. En el momento de autorizar el tratamiento, la *Datainspektionen* podría dar las oportunas instrucciones para el tratamiento. Sin embargo, unos años después, en 1982 este sistema de licencia previa obligatoria fue abolido, por considerarse ser inviable en la práctica al establecer unas excesivas trabas burocráticas; a partir de entonces, la licencia previa para establecer sistemas de tratamientos de datos quedó limitado exclusivamente a aquellos que comprendían el tratamiento de datos sensibles⁶³⁹.
- Aparece el concepto de datos sensibles, cuyo tratamiento tiene restricciones adicionales (Sec. 4). Aquí los datos sensibles eran los relativos a investigaciones o condenas penales o derivadas de diversas leyes de peligrosidad social, los datos de salud, los datos relativos a quienes recibían asistencia social o tratamiento contra adicciones. También los datos relativos a opiniones políticas o religiosas, con la excepción de los ficheros mantenidos por asociaciones acerca de sus miembros.
- Se establece el principio de calidad de datos, a cargo del responsable, cuando los datos son inexactos (Sec. 8.1) o incompletos (Sec. 9).
- Como complemento del principio de calidad de datos, se establece la obligación del responsable de notificar, a solicitud del afectado, a los cesionarios de la información, que un dato ha sido rectificado cancelado (Sec. 8.2).
- Hay una prohibición de transferencias internacionales de datos a terceros países si se presume que los datos se pueden utilizar de forma contraria a lo que establece la ley, salvo autorización de la *Datainspektionen*, que sólo la dará si hay razones para pensar que la intimidad de los ciudadanos no se verá afectada (Sec. 11).

⁶³⁸ Vid. ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, op. cit., p. 14, que considera este rigor típico de las primeras leyes de protección de datos.

⁶³⁹ SUECIA. *Lag om ändring i datalagen* [Ley de modificación de la ley de datos]. SFS. 1982:446. Cfr. FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, op. cit., p. 95, que relata que la medida contó con la oposición de socialdemócratas y comunistas, que pensaron que se estaba debilitando la ley. La *Datalag*, después de la reforma hecha en 1982, está reproducida en tomo III, p. 367-380.

- Se reconoce, en términos muy parecidos a los actualmente vigentes en el estándar europeo de protección de datos, el derecho de acceso (Sec. 10).
- Se otorgan poderes efectivos a la *Datainspektionen*, que pasa a ser el órgano competente para otorgar diversas autorizaciones (Sec. 2, 3, 8, 11), dar instrucciones a los responsables del tratamiento (Sec. 5, 6, 7 y 18) o investigar los tratamientos de datos (Sec. 16-17).
- Por último se establecen penas pecuniarias y privativas de libertad por determinados incumplimientos de la ley (Sec. 20-24).

Como puede verse, muchos de estos planteamientos nos suenan familiares por haber pasado a leyes posteriores, entre ellas la española. Como indica Flaherty, la *Datalag* ha tenido una enorme influencia, aunque no todos los países hayan seguido al pie de la letra todas sus aportaciones⁶⁴⁰.

La segunda ley de protección de datos sueca, aprobada unos meses después, fue la *Kreditupplysningslag*, o ley de informaciones de crédito. Esta ley se enmarca en una corriente de la época, que consideraba los ficheros de solvencia (que desde luego eran uno de los tratamientos de datos del sector privado más voluminosos de la época) como una de las mayores amenazas a la intimidad de los ciudadanos. El contenido básico de la ley era establecer un sistema de licencia previa para el ejercicio de esta actividad por parte de empresarios especializados. La licencia la otorgaría la *Dateninspektionen* (art. 3-4). Luego se establecían requisitos de exactitud y actualización de la información (7-8), la prohibición de que los datos difundidos afecten a la integridad personal (art. 5) y la prohibición de utilizar datos relativos a la raza, religión o ideología para esta finalidad, ni aquellos relativos a la comisión de delitos o de actividades de peligrosidad social⁶⁴¹. Se garantizan también los derechos de los afectados (art. 10-12). En cierto sentido, la ley era similar a otra del año siguiente que regulaba la actividad de las agencias de recobro, también bajo el principio de licencia previa⁶⁴². Pero el hecho de que se aprobara una ley sectorial, incluso el mismo año en que se aprobó la ley general de protección de datos, desmiente de alguna forma el enfoque “*omnibus*” de ésta. Pero también ésta es una característica de los sistemas de protección de datos europeos, que pese a la queja de algún autor que piensa que así se debilita la

⁶⁴⁰ FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, op. cit., p. 95-96.

⁶⁴¹ FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, op. y loc. cit..

⁶⁴² SUECIA. *Inkassolag* [Ley de recuperación de deudas]. SFS. 1974:182.

fortaleza del sistema⁶⁴³, son capaces de compatibilizar la vigencia de una ley “*omnibus*” con legislaciones específicas para regular determinados tratamientos de datos que se salen de las pautas más habituales.

b) La Ley del Land de Renania-Palatinado de 1974

La Ley del *Land* de Renania-Palatinado de 1974⁶⁴⁴ es la segunda ley de un *Land* alemán sobre protección de datos. Aunque no sigue la terminología creada por la ley de Hesse (protección de datos, “*datenschutz*”), las líneas fundamentales de su contenido son muy similares a los de esta norma antecedente. Al igual que aquella, también era aplicable a los tratamientos de datos de personas físicas y jurídicas por entidades públicas bajo la autoridad del *Land*. Sus aportaciones son una clara formulación del principio de legitimación (§ 4, 1), de los principios de finalidad y pertinencia (§ 4, 1), regulación completa de los derechos con un derecho de acceso (§ 11) y un derecho de rectificación o cancelación (§ 12), del derecho a ser indemnizado por los tribunales ordinarios (§ 13), en un enfoque que se desprende del propio título de la ley y del derecho recabar formalmente la tutela de la autoridad de protección de datos (§ 14). También es notable por ser la primera ley que crea una autoridad de control colegiada, denominada “*Comisión de Protección de Datos*” (“*Ausschuss für Datenschutz*”). Cabe comentar que, según Spiros Simitis, quien fue durante muchos años *Datenschutzbeauftragter* de Hesse, las leyes de Hesse, Suecia y Renania-Palatinado constituyen la trilogía que definió el modelo de protección de datos continental europeo, tal y como lo conocemos todavía hoy⁶⁴⁵.

c) La Ley federal alemana de 1977

La *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977⁶⁴⁶ fue primera ley federal alemana sobre protección de datos, precediendo a la actual, de 1990. El contexto en el que aparece esta ley es similar al de las leyes de Hesse y Suecia. El gobierno federal estaba preparando un proyecto para establecer una base de datos nacional de

⁶⁴³ SIMITIS, S. «Datenschutz - eine notwendige Utopie», en KIESOW, R.; OGOREK, R.; SIMITIS, S. [Hrsg.], en *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag* (Frankfurt am Main, Klostermann, 2005), 511-528, p. 513.

⁶⁴⁴ ALEMANIA, Renania-Palatinado. *Gesetz gegen mißbräuchliche Datennutzung (Landesdatenschutzgesetz -LDatG-), vom 24. Januar 1974* [Ley contra la utilización abusiva de los datos (Ley estatal de protección de datos -LdatG-) de 24 de enero de 1974]. *GVOBl. RP.*, 4.Februar 1974, Nr. 3, S. 31-33.

⁶⁴⁵ SIMITIS, S., *25 Jahre Rheinland-Pfälzisches Datenschutzgesetz*, [en línea] (1999). Sitio web oficial de la autoridad de protección de datos de Renania Palatinado.

⁶⁴⁶ ALEMANIA. *Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG), vom 27 Januar 1977*, cit.; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos (II)* (Madrid, Presidencia del Gobierno, Servicio Central de Publicaciones, Servicio Central de Informática, 1983), p. 35-74.

población, conectando los ficheros estatales mediante un número único de identificación. Esta posibilidad fue vista como una amenaza potencial, que intentó ser controlada mediante la aprobación de una ley federal de protección de datos, que conviviría con las leyes estatales, en virtud del sistema federal alemán de distribución de competencias entre la federación y los “*Länder*”⁶⁴⁷. El “*iter*” legislativo de la ley fue relativamente largo⁶⁴⁸, ya que en 1971, el Ministro del Interior federal encargó un informe a un grupo de expertos. El documento entregado por éstos es, hasta hoy, una referencia en la materia, al contener una acabada exposición de toda la problemática que rodea a la protección de datos personales. En 1973, el Ministro presentó un proyecto de ley, que fue ampliamente debatido en círculos especializados y en congresos científicos⁶⁴⁹. Finalmente, la ley se aprobó en 1977. Esta ley alemana tiene, además, una trascendencia especial para nosotros, ya que esta ley ha tenido una gran influencia en la primera Ley española, la LORTAD.

La *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977 estaba basada en el concepto de “*abuso*” (“*Mißbrauch*”) de la informática, como un riesgo potencial para los ciudadanos. Por tanto, en la tradición alemana, no se limita a tratar la informática como una amenaza para la intimidad, sino también para otros bienes y derechos, incluyendo, por ejemplo las libertades de corte político. La ley mantiene el criterio de regular todos los tratamientos de datos, tanto del sector público como privado, pero establece grandes diferencias entre ellos. Quizá la característica más notable de esta ley es que profundiza en el principio de legitimación para el tratamiento tanto para las responsables de naturaleza pública como privada. Como regla general, sólo se permitirá el tratamiento cuando lo permita la propia ley u otra norma jurídica, o bien el afectado lo hubiera consentido. Por tanto, por primera vez aparece con carácter general el criterio del consentimiento del afectado como fuente de legitimación del tratamiento (§ 3). Para los responsables de naturaleza privada, esta legitimación general es el cumplimiento de sus funciones administrativas (§ 9) y para los responsables de naturaleza pública, estableciendo las típicas causas de legitimación que luego pasarán a otras legislaciones, como el mantenimiento de una relación contractual, la consecución de sus legítimos fines estatutarios o en general el interés legítimo (§ 23, 24, 25). Al mismo tiempo, establece legitimaciones especiales para la cesión o comunicación de datos, creando una dicotomía que asumió el legislador español y que ha perdurado hasta hoy en la LOPD.

⁶⁴⁷ BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», *op. cit.*, p. 49.

⁶⁴⁸ FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, *op. y cit.*, p. 22 y 23; SIMITIS, «Einleitung», *op. cit.*, párrafo 26 y s., p. 58-61.

⁶⁴⁹ Versión inglesa en SIEGHART, *Privacy and computers*, *op. cit.*, p. 172-178.

Aunque se aparta de la ley sueca en algunos puntos (como, por ejemplo, en no obligar al registro y autorización previa de los tratamientos), en general sigue la línea trazada por ésta, aportando las siguientes novedades:

- Se amplía la definición de dato personal, de modo que se considerará tal el relativo una persona física determinada o determinable (*“bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person”*) (§ 2).
- Hay una regulación completa de los derechos de los afectados: acceso, rectificación cancelación y bloqueo, este último procedente cuando no pueda determinarse la exactitud o inexactitud de los datos o dejaren de darse las condiciones para su almacenamiento (§ 4, 14, 27).
- Se establece un principio de calidad de datos materializado a través del bloqueo de datos, ya que los datos que no sean necesarios para cumplir la finalidad para los que fueron almacenados, deberán ser bloqueados (§ 14.3 y 27.3).
- En el caso de ficheros del sector público, se obliga a dar publicidad del tratamiento por avisos oficiales (§ 12). En el caso de entidades de naturaleza privada, se debe proceder a notificar el comienzo del tratamiento a un registro administrativo (§ 39).
- Se establece por primera vez un deber de información al afectado, tanto en el sector público, en el que se debe invocar la norma que autoriza el tratamiento de datos o en su defecto obtenerse el consentimiento del afectado (§ 9), como en el privado, especialmente cuando los datos son comunicados a terceros (§ 26 y 34).
- Hay una regulación específica del tratamiento de datos consistente en la cesión o transferencia de datos a terceros, que solo se permite cuando para cumplir los fines legítimos del cesionario (§ 10, 11 y 24).
- Aparece la figura del encargado que realiza el tratamiento en nombre del responsable para prestarle un servicio (§ 8 y 27).
- Se obliga a los responsables de naturaleza privada que tengan al menos cinco empleados, a nombrar a un comisario interno de protección de datos (*“Beauftragter für den Datenschutz”*) (§ 28, 29 y 38).
- Se crea un Comisionado Federal de Protección de Datos (*“Bundesbeauftragter für den Datenschutz”*) para velar por el cumplimiento de la ley, que coexistirá con los órganos similares nombrados por los *Länder* (§ 17-21).

d) *La Ley francesa de 1978*

El marco de la aprobación de la Ley francesa N° 78-17, de 6 de enero de 1978 (*“Loi relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”*) es similar a las anteriores leyes. Como ya hemos señalado anteriormente, la ley surge como respuesta a las alarmas provocadas por los proyectos administrativos de informatización de ciertos datos personales empleando un número único de identificación persona, que provocó el llamado escándalo “SAFARI”⁶⁵⁰. A raíz de él, se creó la que se dio en llamar *Commission de l’informatique et libertés*, que elaboró un informe que recomendaba la aprobación de una ley “*omnibus*”. Unos pocos años después, se aprobó la ley⁶⁵¹, manteniendo a la comisión y a su significativo nombre, con el añadido del adjetivo “*nacional*”, como órgano supervisor independiente: *Commission nationale de l’informatique et libertés* (CNIL).

Pueden destacarse las siguientes aportaciones de la ley francesa:

- Se establece con claridad, incluso en el propio título de la ley, que la informática puede atentar contra una pluralidad de derechos fundamentales y libertades públicas, y no sólo contra la intimidad. En la tradición típicamente francesa de las grandes declaraciones programáticas, la ley se abre con un artículo 1 que establece que “*la informática deberá estar al servicio de cada ciudadano. Su desarrollo deberá tener lugar dentro del marco de la cooperación internacional. No deberá atentar a la identidad humana ni a los derechos de hombre, ni a la vida privada ni a las libertades individuales o públicas*”. Con esta solemne declaración, y dado el objeto autoproclamado de la propia ley, se coloca el ámbito de la protección de datos como un derecho fundamental o cuasi-fundamental. No obstante, se menciona expresamente a la “*vida privada*” como objeto de protección de la ley, lo que nuevamente es indicativo de la importancia de la intimidad dentro del contexto de la protección de datos.

⁶⁵⁰ El Ministerio del Interior tenía un proyecto denominado SAFARI (“*Système automatisé pour los fichiers administratifs et le répertoire des individus*”), que data de los primeros años 70, cuyo nombre provocó ironías acerca de la “*caza*” de los ciudadanos. El proyecto, que era secreto, fue conocido por la opinión pública como consecuencia de un artículo de Philippe Boucher en el diario *Le Monde*: BOUCHER, P. «SAFARI ou la chasse aux français,” *Le Monde* (21 mars 1974), page 9. La publicación del artículo provocó la creación de la *Commission nationale de l’informatique et des libertés*. El impacto de esta polémica fue tan grande que unos años después todavía se menciona en el seno del proceso constituyente español, al debatir el actual artículo 18.4 CE.

⁶⁵¹ FRANCIA. *LOI n° 78-17 du 6 du janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*, cit.; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos (II)* op. cit., p. 87-106, y también en *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, op. cit., p. 189-208.

- Se traslada el punto de gravedad de la regulación desde el concepto de “*fichero*”, que aparece en las leyes anteriores, al de “*tratamiento automatizado*”, que es un concepto dinámico, consistente no en una estructura estática de datos, sino en las actividades llevadas a cabo en relación con los mismos por el responsable del tratamiento. Según el artículo 5 de la ley, “*se denomina tratamiento automatizado de informaciones a los efectos de la presente ley a todo conjunto de operaciones realizadas por medios automáticos, relativo a la colecta, registro, elaboración, modificación, conservación y destrucción de informaciones nominativas, así como todo conjunto de operaciones de igual naturaleza que hicieren referencia a la explotación de ficheros o bases de datos, y en especial, las interconexiones o integraciones, consultas o comunicaciones de informaciones nominativas*”.
- Se otorgan amplísimas facultades al organismo público independiente competente en materia de protección de datos, la *Commission national de l'informatique et libertés* (CNIL): potestad reglamentaria, recepción de auxilio jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones, posibilidad de autorizar o prohibir ciertos tratamientos de datos.
- Se establece un fuerte régimen sancionador de los incumplimientos de la Ley, incluyendo la posibilidad de imponer penas privativas de libertad (arts. 41-44).
- Se recoge expresamente la obligación de cancelar los datos cuando haya transcurrido un plazo superior al que los datos son pertinentes para la finalidad de su tratamiento, salvo disposición legal en contrario (art. 28).
- Se incluye por primera vez, con carácter general, el deber de información al afectado en el momento de la recogida de sus datos (arts. 26 y 27).
- Se introduce dentro del concepto de datos sensibles los datos que revelen la permanencia a un sindicato determinado, además de los que hagan aparecer los orígenes raciales, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas (art. 31)
- Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos (art. 25).
- Sobre todo, aparece una norma que posteriormente pasaría a leyes posteriores de protección de datos: la prohibición de la toma de decisiones basadas en perfiles de personalidad realizados con medios automatizados. A este respecto, el artículo 2, párrafo primero, establece que “*ninguna decisión judicial que implicare la apreciación de un comportamiento humano podrá tener por fundamento un tratamiento automatizado de informaciones que ofrezca una*

definición de perfil o de la personalidad del interesado". El párrafo segundo del mismo artículo repite la misma regla para las decisiones "*administrativas o privadas*". Se completa la regulación anterior con el art. 3, que establece que "*toda persona tiene derecho a conocer e impugnar las informaciones y los razonamientos utilizados en tratamientos automatizados cuyos resultados fueren invocados en contra de la misma*".

- La aportación más relevante de la ley francesa es, a nuestro juicio, la prohibición de decisiones automatizadas basadas en perfiles. Hay en esa norma una primera respuesta jurídica contra los temores que derivan de la parafernalia de la "*inteligencia artificial*" que rodeó la aparición de los primeros ordenadores: la rebelión de las máquinas, el dominio de las máquinas sobre los hombres, los cerebros mecánicos, etc. Parece como si el legislador hubiera querido remachar que los jueces siempre tienen que ser humanos que no pueden ser reemplazados por sistemas expertos (art. 2, párrafo primero), para luego extender, por si acaso, la misma norma a las decisiones "*administrativas*", y también "*privadas*", lo que resulta mucho más discutible, al quitar a un operador la privado la libertad de tomar sus decisiones privadas con este tipo de sistemas. Aunque obviamente, podríamos ver aquí una nueva manifestación de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales como sistema de valores que afecta a las relaciones entre particulares. Luego, en el art. 3 establece una especie de recurso de impugnación de los resultados de tratamientos automatizados que les sean desfavorables, recurso que es el germen de una de las modalidades del derecho de oposición en el derecho europeo de protección de datos. O simplemente, el legislador francés quiso garantizar la ausencia de discriminaciones injustificadas (lo que es otro de los elementos que han ganado más peso en el conjunto de normas agrupadas bajo el rótulo de la protección de datos) y el respeto a un debido proceso que, obviamente, debe implicar la toma de una decisión por una persona, y no por una máquina.

e) Las leyes danesas de 1978

En Dinamarca se aprobaron en un mismo día, 8 de junio de 1978, dos leyes que protección de datos complementarias que se ocupaban, respectivamente, de los tratamientos de datos del sector privado y del sector público: la Ley 293 sobre los ficheros privados y la Ley 294 sobre los ficheros públicos⁶⁵². Ambas leyes tienen

⁶⁵² DINAMARCA. *Lov nr. 293 om private registre m.v. af 8. juni 1978* [Ley número 293 sobre los ficheros privados, de 8 de junio de 1978]. *Lovtidende*, A, 1978, 833; DINAMARCA. *Lov nr. 294 om offentlige myndigheders registre af 8. juni 1978* [Ley número 294 sobre los ficheros públicos, de 8 de junio de 1978]. *Lovtidende*, A, 1978, 839; versión española de ambas en *Informática. Leyes de protección de datos (II)*, op. cit., p. 108 y s.

su ámbito subjetivo de aplicación referido a las “*personas*”, sin especificar, por en la práctica la norma regula el tratamiento de datos tanto de personas físicas como jurídicas. La Ley relativa a los ficheros privados tiene como características más notables, en primer lugar, una regulación propia de los datos especialmente protegidos, de modo que se requerirá el consentimiento para tratar los datos relativos a raza, religión o color de la piel, situaciones políticas, relaciones sexuales, comisión de infracciones penales, condiciones de salud y abuso de drogas y sustancias análogas; además del consentimiento, se necesita una legitimación del tratamiento reforzada en forma de interés legítimo, en concreto, que “*sea necesario el tratamiento para la obtención justa de una utilidad y provecho*” (§ 3). Es notable también que haya una regulación específica de los ficheros de solvencia (§ 8-16) y de los tratamientos de datos con finalidades de marketing (§ 17-19), que incluye, por primera vez, un derecho de oposición incondicionado, esto es, “*ad nutum*”, a no recibir publicidad y a ser retirado de cualquier fichero o campaña con fines promocionales (§ 18). Siguiendo el modelo de la *Datalag* sueca, es necesaria una autorización de la autoridad de protección de datos para realizar una transferencia internacional de datos, que sólo se dará si la transferencia no lleva aparejada una reducción esencial de la protección para la persona (§ 21, p. 3). Hay también claramente formulado un derecho a solicitar el amparo de la autoridad de protección de datos (§ 5), así como la necesidad de cancelar los datos una vez que hayan devenido obsoletos por el transcurso del tiempo (§ 6). Otras características de la ley nos son más familiares, como los amplios poderes de la autoridad de protección de datos en cuanto a emisión de instrucciones, suspensión o bloqueo de datos, u ordenar la cancelación o rectificación de un dato o grupo de datos, o por ejemplo, la figura del encargado del tratamiento (§ 20).

Por su parte, la Ley relativa a los ficheros del sector público tiene las reglas ya habituales acerca de la legitimación del tratamiento, limitación de las cesiones de datos, reconocimiento de los derechos de acceso, etc. Pero hay una norma especial, que resulta, a nuestro juicio, muy significativa. En sede de regulación de las medidas de seguridad, después de establecer que se adoptarán las medidas de seguridad necesarias para evitar que los datos sean objeto de uso indebido o lleguen a conocimiento de personas ajenas, se indica que “*en el supuesto de los registros que contuvieren datos de interés especial para potencias extranjeras se adoptarán medidas que hicieren posible su traslado o destrucción en caso de guerra o en situaciones análogas*” (§ 12, párrafo 3º). Es imposible no ver en esta peculiar norma el recuerdo inequívoco del episodio histórico de la apropiación de los archivos de las comunidades judías por parte de los nazis para proceder al exterminio de los judíos. Como cuenta Hilberg en su libro clásico de referencia sobre la destrucción de los judíos europeos, en Dinamarca, debido a la situación

política del país y a su pequeña influencia social, los judíos no fueron molestados hasta 1943, en que se declaró el estado de excepción. Sin embargo agosto de ese año, los archivos de la comunidad judía fueron incautados por los alemanes, con el nombre y la dirección de todos sus componentes, datos que fueron utilizados después para la deportación a campos de exterminios. La misma norma permanece en la vigente ley de protección de datos danesa⁶⁵³, y es, a nuestro juicio, uno de lo más claros ejemplos de la influencia del recuerdo negativo de los totalitarismos en las actuales instituciones del derecho de protección de datos⁶⁵⁴.

f) La Ley noruega de 1978

La ley noruega de 9 de junio de 1978⁶⁵⁵ se inspira fuertemente en la *Datalag* sueca. Vuelve a establecer la necesidad de autorización previa antes de crear registros de datos que utilicen para el tratamiento medios automatizados. Pero extiende la necesidad de esta autorización también a cualquier otro tipo de ficheros, es decir, los ficheros manuales, si estos contienen datos especialmente protegidos. Esta es la primera ocasión de la que tenemos conocimiento en que una ley de protección de datos abandona el ámbito exclusivo de la informática y los tratamientos automatizados para proteger también, aunque limitadamente, los tratamientos de datos realizados por otros procedimientos (§ 9).

La Ley noruega protege a las personas físicas, pero también a los datos de asociaciones y fundaciones. Como novedades frente anteriores leyes, considera como parte de los datos sensibles, además de los que ya hemos visto en leyes anteriores, “*los datos relativos a la situación familiar que no fueren los que hacen referencia al parentesco o estado civil, relaciones patrimoniales entre cónyuges y obligaciones de alimentos*” (§ 6). Regula también la actuación de los prestadores

⁶⁵³ HILBERG, R., *La destrucción de los judíos europeos* (Madrid, Akal, 2005), p. 618-627; la edición original es HILBERG, R., *The destruction of the European Jews* (New Haven, Conn., Yale University Press, 1961). El final de la historia es relativamente feliz: la comunidad judía se enteró de los planes de deportación, y en su mayor parte se ocultaron. Las autoridades militares alemanes no colaboraron en el proceso, por lo que fueron las fuerzas policiales quienes debieron acudir puerta por puerta para detener a los judíos, gracias a los datos incautados. Pero sólo pudo detenerse a un pequeño porcentaje, alrededor del 10 % de la población judía. El resto escaparon a Suecia por mar gracias a la colaboración de la población civil danesa, que mostró un extraordinario coraje cívico.

⁶⁵⁴ Como confirma por otro lado HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, op. cit., p. 187, en su comentario sobre una norma similar contenida en una regulación holandesa sobre seguridad informática de 1975.

⁶⁵⁵ NORUEGA. *Lov om personregistre m. m. af 9 juni 1978* [Ley sobre los ficheros de datos personales, de 9 de junio de 1978]. *Norsk Lovtidend*, 1978. Avd. 1, Nr. 48, 402; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos (II)* op. cit. Un par de estudios sobre la ley noruega son SELMER, K. «Norwegian Privacy Legislation», en BING, J.; SELMER, K.S. (ed.), *A Decade of Computers and Law* (Oslo, Universitetsforlaget, 1980), p. 45-58; HEREDERO, M. «La ley noruega de protección de datos personales (Ley de 9 de junio de 1978, núm 47)» *Documentación Administrativa* (1981), Núm. 189, p. 231-260.

de servicios de información sobre solvencia, bajo un régimen de autorización previa obligatoria (§ 13-21), las actividades de reparto de documento con finalidades publicitarias (§ 25-30) y las *prospecciones de mercado y encuestas* (§ 31-35). También hay una prohibición de transferencias internacionales de datos al extranjero, en términos similares a las otras leyes escandinavas.

g) *Otras leyes y normas nacionales*

Sin necesidad de entrar en muchos detalles, pueden reseñarse otras leyes europeas del periodo anterior a la “*Volkszählungsurteil*”. Todas ellas son completamente asimilables a las anteriores. Por orden cronológico, la primera son las “*Directrices*” suizas de 16 de marzo de 1981, aprobadas por el Consejo Federal o *Bundesrat* para el tratamiento de datos en la administración federal⁶⁵⁶. Aparentemente se dictaron para cubrir el vacío de una ley suiza de protección de datos, que no se aprobó hasta 1992. Tiene un enfoque “*omnibus*” limitado a los datos tratados por la administración federal, y se encuentra bajo el influjo de la *Bundesdatenschutzgesetz* alemana. Pero su planteamiento general es muy avanzado. Comienza en su artículo 1 afirmando que en el tratamiento de datos personales deben protegerse los derechos fundamentales, y especialmente la personalidad (“*Bei der Bearbeitung von Personendaten soll der Schutz der Grundrechte, insbesondere der Schutz der Persönlichkeit, gewährleistet sein*”). Por tanto, además de entroncar en la tradición suiza de protección avanzada de los derechos de la personalidad, que son considerados correctamente parte de los derechos fundamentales, fija como objeto de las normas de protección de datos la defensa de los derechos fundamentales en general. Por otro lado, y este es también otro signo de que nos encontramos ante una norma avanzada de protección de datos, incluye en su ámbito a los tratamientos automatizados y a los manuales por igual. La norma se aplica a personas físicas y jurídicas, y también a grupos de personas. La segunda norma es la Ley luxemburguesa de 31 de marzo de 1979. Esta ley está muy influida por la Ley francesa de 1978⁶⁵⁷, pero no incorpora la norma sobre la prohibición de los tratamientos de datos basados en perfiles. Además se aplica también a personas físicas y jurídicas. Finalmente, hay que

⁶⁵⁶ SUIZA. *Richtlinien für die Bearbeitung von Personendaten in der Bundesverwaltung, vom 16. März 1981* [Directrices para el tratamiento de datos personales en la administración federal, de 16 de marzo de 1981]. *BGBL.*, 12. Mai 1981, Nr. 18, S. 1298-1304.

⁶⁵⁷ LUXEMBURGO. *Loi du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques* [Ley de 31 de marzo de 1979 reguladora de la utilización de datos nominativos en los tratamientos informáticos]. *JOGDL.* 11 avril 1979, A, - N° 29, p. 581-588.

reseñar la Ley islandesa de protección de datos, de 25 de mayo de 1981, similar a las leyes del grupo escandinavo⁶⁵⁸.

h) Otras leyes de Länder alemanes

Después de la aprobación de la *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977, los diversos *Länder* se fueron uniendo a Hesse y Renania-Palatinado para promulgar sus propias leyes sobre protección estatales de datos: por orden cronológico, se trata de las siguientes: Bremen, el 19 de diciembre de 1977⁶⁵⁹; Baviera, el 28 de Abril de 1978⁶⁶⁰; Sarre, el 17 de Mayo de 1978⁶⁶¹; Baja Sajonia, el 26 de Mayo de 1978⁶⁶²; Schleswig-Holstein, el 1 de junio de 1978⁶⁶³; Berlín, el 12 de julio de 1978⁶⁶⁴;

⁶⁵⁸ No hemos podido consultar el boletín oficial islandés, ni hemos encontrado el texto de la ley en ninguna recopilación de leyes de protección de datos. Pero citan la existencia de la ley ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, op. cit., p. 15, y BENNETT, *Regulating Privacy*, op. cit., p. 57. No parece muy aventurado presumir que el contenido de esta ley se asimila a otras del grupo escandinavo.

⁶⁵⁹ ALEMANIA, Bremen. *Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bremisches Datenschutzgesetz - BrDSG -)*, vom 19.Dezember 1977 [Ley para la protección contra el mal uso de los datos personales durante el procesamiento de datos (Ley de protección de datos de Bremen - BrDSG -), de 19 de diciembre de 1977]. *GBL. HB.*, 23.Dezember 1977, Nr. 4, S. 393 - 400

⁶⁶⁰ ALEMANIA, Baviera. *Bayerisches Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bayerisches Datenschutzgesetz - BayDSG)*, vom 28.April 1978 [Ley bávara para la protección contra el mal uso de los datos personales durante el procesamiento de datos (Ley de Protección de Datos de Baviera - BayDSG), de 28 de Abril de 1978]. *GVOBl. BY.*, 2. Mai 1978, Nr. 9, S. 165 - 172

⁶⁶¹ ALEMANIA, Sarre. *Gesetz Nr. 1075 Saarländisches Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Saarländisches Datenschutzgesetz - SDSG)*, vom 17.Mai 1978 [Ley núm. 1075 Ley de Sarre para la protección contra el mal uso de los datos personales durante el procesamiento de datos (Ley de Protección de Datos de Sarre - SDSB), de 17 de mayo de 1978]. *ABl. SL I.*, 28.Juni 1978, Nr. 27, S. 581 - 588

⁶⁶² ALEMANIA, Baja Sajonia. *Niedersächsisches Datenschutzgesetz (NDSG)*, vom 26.Mai 1978 [Ley de Baja Sajonia de Protección de Datos (NDSG), de 26 de mayo de 1978]. *GVOBl. NI.*, 30.Mai 1978, Nr. 30, S. 421 - 429

⁶⁶³ ALEMANIA, Schleswig-Holstein. *Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Landesdatenschutzgesetz - LDSG)*, vom 1.Juni 1978 [Ley para la protección contra el mal uso de los datos personales durante el procesamiento de datos (Ley de Protección de Datos del Estado - LDSG), de 1 de junio de 1978]. *GVOBl. Schl-H.* 14.Juni 1978, Nr. 10, S. 156 - 163

⁶⁶⁴ ALEMANIA, Berlín. *Gesetz über den Datenschutz in der Berliner Verwaltung (Berliner Datenschutzgesetz - BlnDSG)*, vom 12.Juli 1978 [Ley de Protección de Datos en la administración de Berlín (Berlin Ley de Protección de Datos - BlnDSG), de 12 de julio 1978]. *GVOBl. BE.* 21.Juli 1978, Nr. 49, S. 1317 - 1323

Renania-Westfalia, el 19 de diciembre de 1978⁶⁶⁵; Baden-Württemberg, el 4 de Diciembre de 1979⁶⁶⁶; y Hamburgo el 9 de abril de 1981⁶⁶⁷.

Con esta última, todos los *Länder* (antes de la reunificación alemana) tenían ya su propia ley⁶⁶⁸. Por su parte, Hesse había aprobado en 1978 una segunda ley de protección de datos⁶⁶⁹. Por tanto, desde 1981, y hasta hoy, el país se encontraba completamente cubierto desde el punto regulatorio en lo que a la protección de datos se refiere. Todas estas leyes son muy similares en planteamiento y contenido, y las únicas diferencias reseñables son prácticamente las relativas a los títulos, que alternan la expresión consolidada para referirse a esta materia (“*Datenschutz*”, protección de datos), con otras basadas en el título de la *Bundesdatenschutzgesetz* (“*Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung*”, protección contra el mal uso de los datos personales en su tratamiento automatizado), referidos a la posibilidad del abuso contra la otros más creativos que expresan quizá mejor la finalidad de este tipo de normas.

B) Las leyes anglosajonas

a) Características de la aproximación anglosajona a la protección de datos

En los países de cultura anglosajona, la orientación de la protección de datos fue matizadamente distinta desde el comienzo. Aunque está relativamente extendida la idea de que en estos países, especialmente en Estados Unidos, no existe derecho de protección de datos, lo cierto es que esta normativa existe, pero reviste caracteres diferentes a lo que conocemos en la Europa continental.

⁶⁶⁵ ALEMANIA, Renania del Norte-Westfalia. *Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen - DSG NW -)*, vom 19.Dezember 1978 [Ley para la protección contra el mal uso de los datos personales durante el procesamiento de datos (Ley de protección de datos de Renania del Norte-Westfalia - DSG NW -), de 19 de diciembre de 1978]. *GVOBl. N-W.*, 27. Dezember 1978, Nr. 77, S. 640 – 648

⁶⁶⁶ ALEMANIA, Baden-Wurtemberg. *Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Landesdatenschutzgesetz - LDSG)*, vom 4.Dezember 1979 [Ley para la protección contra el mal uso de los datos personales durante el procesamiento de datos (Ley de Protección de Datos del Estado - LDSG), de 4 de diciembre de 1979]. *GBl. B-W.*, 28.Dezember 1979, Nr. 21, S. 534 – 543

⁶⁶⁷ ALEMANIA, Hamburgo. *Hamburgische Datenschutzgesetz vom 31. März 1981* [Ley de Protección de Datos de Hamburgo de 31 de marzo de 1981]. *GVOBl. HH.*, 9.April 1981, Nr. 16., S. 71 - 78

⁶⁶⁸ BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», *op. cit.*, p. 49.

⁶⁶⁹ ALEMANIA, Hesse. *Hessisches Datenschutzgesetz vom 31. Januar 1978* [Ley de protección de datos de Hesse de 31 de enero de 1978]. *GVOBl. HE I.*, 7.Februar 1978, Nr. 4, S. 96-106. Versión española de esta ley en Informática. Leyes de Protección de datos (III), *op. cit.*, p. 209-238. Un pequeño comentario a esta ley en SUPPES, R., *Hessisches Datenschutzgesetz: Kommentar* (Köln; Berlin, Deutscher Gemeindeverlag, 1982.).

Se pueden destacar tres notas características de esta primera actividad legislativa, que sustancialmente, perduran hasta hoy⁶⁷⁰. La primera es que se rechaza el enfoque “*omnibus*”, es decir, la aprobación de una norma general única que regule todos los tratamientos de datos realizados en el territorio del país. En cambio, se aprueban normas de protección de datos para sectores concretos y determinados, como el de los ficheros de solvencia o los tratamientos de datos realizados con cuerpos policiales. Con todo, hay algunas leyes de ámbito “*omnibus*” limitado al sector público, al estilo de la Ley de Hesse de 1970. Así, la ley federal norteamericana conocida como *Privacy Act* (1974), que regula los tratamientos de datos de los organismos dependientes del Gobierno Federal, o una Ley californiana de contenido similar y referida a los órganos de ese Estado (“*Californian Information Practices Act*”, 1977). En segundo lugar, es más frecuente la regulación de los tratamientos de datos personales del sector público que del privado. Pero además esta normativa del sector público tiene un alcance más restringido que en el Derecho europeo continental, ya que tiende a asegurar únicamente el procesamiento correcto de la información a través del principio de la calidad de los datos y el ejercicio de los derechos de acceso, cancelación y rectificación por los afectados. Por el contrario, la regulación de los ficheros privados tiende a dejarse en manos de los propios operadores económicos, a través de la autorregulación. Pero en una fase posterior de la evolución del derecho de protección de datos también hay numerosos casos de leyes específicamente aprobadas para dar respuesta a problemas muy concretos⁶⁷¹. En tercer lugar, el objeto de la regulación es proteger la intimidad, más que regular globalmente una actividad informática de acopio y manejo de datos personales. El resto de finalidades que inspiran la legislación europea de protección de datos, como proteger los derechos fundamentales frente a peligros inspirados por totalitarismos reales o imaginados, parecen estar ausentes.

El contexto de la aparición de las leyes anglosajonas es el que ya hemos mencionado: una cierta ebullición social que podemos situar en de la década de los 60 y principios de los 70, producto del impacto social de los ordenadores y de la

⁶⁷⁰ Vid. aquí los excelentes capítulos introductorios de SCHWARTZ; REINDENBERG, *Data Privacy Law*, op. cit., p. 1-28.

⁶⁷¹ Un ejemplo excelente de este tipo de leyes es el de *Video Privacy Protection Act* (1988). La propuesta del presidente Reagan de nombrar a Robert Bork para juez del SCOTUS puesto produjo una abierta hostilidad no sólo de la mayoría demócrata en el Senado, sino también de los activistas de la “*privacy*”, ya que el candidato había manifestado abiertamente que no encontraba tal derecho entre los recogidos por la *Bill of Rights*. Durante las sesiones en el Senado para la ratificación en el puesto, se filtraron los registros de las películas que Bork había alquilado. A la poste esta información fue irrelevante, pero mostró con claridad la ausencia de norma protectora de la confidencialidad de la misma. Para procurar garantías al respecto, el Congreso aprobó la Ley a la que nos estamos refiriendo, también conocida como la “*Ley Bork*”, que prohíbe a las empresas de alquiler de videos revelar ninguna información sobre las películas alquiladas por sus clientes.

preocupación ciudadana ante actos gubernamentales de vigilancia y espionaje, presión de los grupos de activistas de los derechos civiles, y aparición de escritos alarmistas que advierten del peligro de un control social a través de la información. Como resultado de este ambiente, se aprobaron, por ejemplo, varias leyes que regulaban las escuchas telefónicas y la vigilancia (“*surveillance*”) gubernamental en algunos estados federados de Australia

En definitiva, las causas que motivaron la aprobación de legislación en los países anglosajones fueron las mismas que en la Europa continental, pero desde luego, los resultados fueron muy diferentes.

b) Las leyes reguladoras de los servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito

En el ámbito anglosajón, el primer grupo de leyes que deben ser indudablemente calificadas como “*leyes de protección de datos*” son las que regulan los servicios de información sobre solvencia patrimonial, como la norteamericana de ámbito federal *Fair Credit Reporting Act* [Ley de información de crédito justa] de 1970⁶⁷², la californiana *Consumer Credit Reporting Agencies Act* [Ley de Agencias de Información de Crédito al Consumo] de 1975⁶⁷³, y las australianas *Invasion of Privacy Act* [Ley de invasión de la intimidad] de 1971 (Queensland)⁶⁷⁴, la *Fair Credit Reports Act* [Ley de información de crédito justa]

⁶⁷² ESTADOS UNIDOS. *An Act to amend the Federal Deposit Insurance Act...* Pub.L. 91-508, cit. Versión española en versión española en *Informática. Leyes de protección de datos (II) op. cit.*, p. 105-125.

⁶⁷³ ESTADOS UNIDOS, California. *An act to add Title 1.6 (commencing with Section 1785.1) to Part 4 of Division 3 of the Civil Code, and to repeal Title 1.6 (commencing with Section 1785.1) of Part 4 of Division 3 of the Civil Code, relating to consumer reporting [October, 1, 1975] [Consumer Credit Reporting Agencies Act]* [Una Ley para añadir un Título 1.6, comenzando en la Sección 1785.1, a la Parte 4 de la División 3 del Código Civil, relativa a la información de consumidores [1 de octubre de 1975] [Ley de Agencias de Información de Crédito al Consumo]]. 1975 *California Stat.*, 1271, p. 3369-3377, codificada en el *Civil Code* de California, Sec. 1785 y s.

⁶⁷⁴ AUSTRALIA, Queensland. *An Act to make provision for the licensing and control of Credit Reporting Agents and Private Inquiry Agents, for regulating the Use of Listening Devices and for other purposes [Invasion of Privacy Act 1971] [Assented to 15th November, 1971]* [Una ley para establecer las licencias y el control de las Agencias de Información de Crédito y de Agencias de Investigación Privada, y para regular el uso de dispositivos de escucha y para otras finalidades [Ley de invasión de la intimidad 1971] [Aprobada el 15 de noviembre de 1971], 1971 *Queensland Stat.*, 50, p. 655-676. Esta regulaba además de los ficheros de solvencia, otras actividades susceptibles de vulnerar la intimidad de los ciudadanos, como la de los detectives privados.

de 1975 (Australia del Sur)⁶⁷⁵ o la *Credit Reporting Act* [Ley de información de crédito] 1978 (Victoria)⁶⁷⁶.

Estas leyes se aprobaron en el contexto de la preocupación por la intimidad que ya hemos señalado. La actividad de los ficheros de solvencia o “*Credit bureaus*”, que llevaban funcionando desde el siglo XIX⁶⁷⁷, preocupaba especialmente ahora como uno de los principales factores invasivos de la intimidad⁶⁷⁸. El Congreso norteamericano dedicó a la cuestión un buen número de horas en audiencias y trabajos parlamentarios diversos, que finalmente cristalizaron en la ley⁶⁷⁹. El contenido de esta ley es básicamente confinar el procesamiento de este tipo de información a unos profesionales del sector que actúen responsablemente, en

⁶⁷⁵ AUSTRALIA, Australia del Sur. *An Act to confer on consumers certain rights in relation to accumulated information that might be used to their detriment, and for other purposes [Fair Credit Reports Act 1975] [Assented to 20th March, 1975]* [Una ley para otorgar ciertos derechos a los consumidores en relación con la acumulación de información que puede ser utilizada en su perjuicio, y para otras finalidades [Ley de información de crédito justa] [Aprobada el 20 de marzo de 1975]]. 1975, *South Australia Stat.*, 11, p. 40-45.

⁶⁷⁶ AUSTRALIA, Victoria. *An Act to make Provision concerning the Records of Credit Reporting Agents and for other purposes [Credit Reporting Act 1978] [30th May 1978]* [Una Ley para regular los registros de las Agencias de Información de Crédito y para otras finalidades [Ley de Información de Crédito] [30 de mayo de 1978]]. *Victoria Stat.*, No. 9151, p. 295-300.

⁶⁷⁷ Según afirma Rowena Olegario, en la década de 1820, algunos comerciantes de la ciudad de Nueva York contrataron a detectives privados para que investigaran a sus potenciales clientes, pero este tipo de suministro de información no casaba bien con la necesaria agilidad del tráfico mercantil y con la amplia expansión territorial de algunos de negocios. Alrededor de 1830 comenzaron a funcionar en Estados Unidos las primeras agencias especializadas en información de solvencia o comercial. Estas agencias tenían implantación nacional y funcionaban con sucursales territoriales coordinadas desde una central, generalmente ubicada en Nueva York. Desde este primer momento, el suministro de información sobre solvencia ha sido siempre una actividad profesional especializada, lo que se refleja incluso hoy en muchas normas vigentes. Estas primeras agencias, además de información compartida entre comerciantes sobre el historial de pagos e impagos de sus clientes, se nutrían de los datos que proporcionaban sus corresponsales (“*reporters*”) repartidos por todo su territorio de influencia, que a menudo comunicaban anécdotas o sucesos que reflejaban un “*carácter*” de la persona en sus actividades mercantiles, a través de las que las agencias pretendían extraer una evaluación general de su solvencia. La más antigua de estas agencias que hoy sigue existiendo, *Dun & Bradstreet*, tiene sus comienzos en Nueva York en 1841, cuando se creó la *Mercantile Agency* por iniciativa del empresario y destacado abolicionista, Lewis Tappan. Esta empresa tenía en 1880 unos 40.000 clientes, incluyendo los grandes bancos, industrias y aseguradoras, e información sobre 764.000 comerciantes. El sucesor de Tappan, Robert Graham Dun, cambió el enfoque del negocio: en vez de centrarse en el carácter del sujeto, su evaluación de solvencia pasó a tener que ver mucho más con cifras, datos numéricos y análisis estadísticos. Cfr. OLEGARIO, R. «Credit Reporting Agencies: A Historical Perspective», en MILLER M. (ed.), *Credit Reporting Systems and the International Economy* (Cambridge, Massachussets, MIT Press, 2003), 115-159, p. 122-131. vid. también VOSE, E. N., *Seventy-Five years of the mercantile Agency: R.G. Dun & Co., 1841-1916* (New York, R.G. Dun & Co., 1916); MADISON, J. H. «The Evolution of Commercial Credit Reporting Agencies in Nineteenth-Century America» *The Business History Review* (Summer, 1974), Vol. 48, No. 2, p. 164-186; NORRIS, J.D., *R.G. Dun and Co 1841-1900* (Wesport. Con., 1978).

⁶⁷⁸ Puede verse, a este respecto, WESTIN; BAKER, *Databanks in a Free Society*, op. cit., p. 130-141. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, op. cit., p. 64-71, bebiendo de fuentes alemanas.

⁶⁷⁹ Recogidos, en parte, en U.S. CONGRESS, HOUSE COMMITTEE ON GOVERNMENT OPERATIONS, *Commercial Credit Bureaus* (Washington, U.S. Government Printing Office, 1968).

varios sentidos: limitación de las finalidades para las que puede recopilarse y consultarse esta información, especialmente limitando el uso secundario de los datos; que sólo se traten datos relevantes para evaluar la solvencia, excluyendo expresamente los datos sensibles; que se limite el tiempo por el que se pueden conservar los años; garantizar los derechos de acceso y rectificación por parte de los interesados; que se implanten medidas de seguridad; que el tratamiento sea transparente para los interesados, de modo que tengan información suficiente sobre los propósitos del tratamiento, los datos que les conciernen, y a quien, por ejemplo, han sido cedidos; y finalmente el establecimiento de un sistema de supervisión a cargo de la *Federal Trade Commision*⁶⁸⁰.

En la misma línea, el resto de leyes que hemos citado se ocupaban sobre todo de otorgar los derechos de acceso, cancelación y rectificación a los afectados, de que la información fuera correcta y de que hubiera abusos o se trataran datos sensibles.

c) *La Privacy Act de 1974*

El caso más interesante de analizar dentro del grupo anglosajón es el de la ley de protección de datos más importante del país, que pertenece a la primera hornada de este tipo de leyes: la *Privacy Act* [Ley de intimidad] de 1974⁶⁸¹.

El punto de partida del proceso que llevó a esta ley comenzó en 1966, cuando se aprobó por el Congreso federal una de las primeras leyes de transparencia, la llamada *Freedom of Information Act*, que entró en vigor el 4 de julio de 1967⁶⁸². Esta ley establece el deber de todas las agencias (“*agencies*”) federales de hacer pública toda la información que manejen, sea mediante su publicación en el *Federal Register* (Boletín Oficial del gobierno federal), sea mediante creación de unos registros indexados regularmente abiertos a la consulta pública, sea contestando a la solicitud expresa de cualquier persona. De este modo, se

⁶⁸⁰ SCHWARTZ; REINDENBERG, *Data Privacy Law*, op. cit., p. 290-306

⁶⁸¹ ESTADOS UNIDOS. *An Act to amend title 5, United States Code, by adding a section 552a to safeguard individual privacy from the misuse of Federal records, to provide that individuals be granted access to records concerning them which are maintained by Federal agencies, to establish a Privacy Protection Study Commission, and for other purposes [Privacy Act 1974] [Dec. 31, 1974]* [Una ley para modificar el Título 5 del Código de los Estados Unidos a través de la incorporación de la sección 552a, con el objeto de que las personas físicas tengan acceso a los registros que les conciernan y que sean mantenidos por las Agencias federales, para establecer una Comisión de Estudio de la Intimidad, y para otras finalidades [Ley de la intimidad 1974] [31 de Diciembre de 1974]], 88, *Stat.*, Part 2, p. 1896-1910. Versión española en *Informática. Leyes de protección de datos*, op. cit., p. 75-102

⁶⁸² ESTADOS UNIDOS. *An Act to amend section 3 of the Administrative Procedure Act, chapter 324, of the Act of June 11, 1946 (60 Stat. 238), to clarify and protect the right of the public to information, and for other purposes* [Una Ley para modificar la sección tercera de la Ley de Procedimiento administrativo, capítulo 324, la Ley de 11 de junio de 1946 (60. Stat. 238), para clarificar y proteger el derecho de los ciudadanos a la información, y para otras finalidades], 80 *Stat.* 250, P.L. 89-487. Codificada actualmente en el 5 U.S.C. §552. El texto original ha sido enmendado en numerosas ocasiones.

facilitaba también acceso público a datos personales. Por supuesto, se establecían excepciones a las anteriores obligaciones, entre las que nos interesa especialmente señalar la que hace referencia a los ficheros de personal, médicos, o similares, cuya publicidad pueda constituir una clara invasión de la intimidad personal (“*personnel and medical files and similar files the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy*”). Quedaba pendiente de una regulación detallada del alcance y significado de esta excepción

En esa situación, a comienzos de los años 70, tres factores conducen a la aprobación de una ley de protección de datos federal para el sector público. En primer lugar, un Subcomité del Congreso presidido por el congresista Moorhead constató en 1972 la fuerte resistencia en la Administración federal a cumplir con las obligaciones de la *Freedom of Information Act*, en parte basándose en la excepción relativa a la intimidad, que las diversas Agencias tendían a interpretar con gran amplitud. En segundo lugar, el caso *Watergate*, que acabó provocando la dimisión del presidente Nixon, produjo un tremendo impacto en la sociedad norteamericana, en el sentido de que se percibió como necesario controlar el acopio de información por el Estado para proteger la intimidad de los sujetos⁶⁸³. Finalmente, como hemos señalado, la informatización de las administraciones públicas, con las amenazas latentes de crear grandes centros de proceso de datos y utilizar el número de la Seguridad Social como número único identificativo, provocó rechazo y temor en la sociedad, en los términos que ya indicados. En medio de todo este ambiente caldeado, en 1972, el Secretario de Estado de Sanidad, Educación y Bienestar social, Weinberger, en tiempos del Presidente Nixon, nombró un Comité asesor sobre sistemas automatizados de datos personales (“*Secretary Advisory Committee on Automated Personal Data Systems*”), presidido por Willis H. Ware. Este Comité entregó su Informe, denominado *Records, Computers and the Rights of Citizens*, en 1973⁶⁸⁴. El Comité analizó los primeros desarrollos legislativos en países occidentales (Alemania, Suecia, etc.), la doctrina, la legislación sectorial ya vigente en Estados Unidos y emitió unas recomendaciones que incluían varios principios del uso de registros automatizados en la Administración pública. Entre estos principios estaban el de transparencia, de modo que no se hicieran tratamientos de datos secretos u ocultos y hubiera la debida publicidad de todos los tratamientos de datos que se lleven a cabo en la administración; la prohibición de transferir datos, sin consentimiento del afectado, desde una administración pública a otras que no cumplan con los principios de protección de datos; establecimiento de medidas de seguridad;

⁶⁸³ Esta es una interpretación tradicional de la Privacy Act: REGAN, *Legislating Privacy*, op. cit., p. 77, 126-127.

⁶⁸⁴ Publicado como *Computers, Records and the Right of Citizens*, op. cit.

obligaciones de calidad de datos y eliminación de los datos no necesarios: el reconocimiento de los derechos de acceso y rectificación de los afectados; finalmente unas notables restricciones al uso del Número de la Seguridad Social, incluyendo la posibilidad de los ciudadanos de negarse a facilitarlo. Además, el Comité desaconsejaba la introducción de un número identificativo único.

Finalmente, en 1974, el Congreso aprobó la *Privacy Act*, que recoge la mayoría de las recomendaciones de *Ware Report*. La Ley se tramitó a la vez que unas enmiendas que se realizaron a la *Freedom of Information Act*, tendentes a superar ciertas interpretaciones restrictivas que se estaban produciendo⁶⁸⁵. La *Privacy Act* creó un auténtico mecanismo de protección de datos en la administración dependiente del Gobierno Federal. El sistema se basa en la transparencia del tratamiento, ya que todas las agencias federales deben publicar en el *Federal Register* las principales características de los tratamientos de datos personales que estén realizando. Otro principio de la ley es la prohibición de la difusión de datos a terceros sin permiso de su titular (la llamada regla “*No disclosure without consent*”, que tiene doce excepciones detalladamente establecidas). Esta es, que sepamos, la primera vez que aparece la legitimación del tratamiento por el consentimiento en una ley de protección de datos. En concreto, el consentimiento del afectado era necesario para que sus datos pudieran ser utilizados para otras finalidades que aquellas para las que los datos fueran inicialmente recabados, o para ser transferidos a otras agencias diferentes (Sec. 2, b, 2 y Sec. 3). Asimismo, se reconocían los derechos de acceso y rectificación a favor de los titulares de los datos, la obligación de las agencias federales de actuar bajo los principios de pertinencia en el tratamiento, la información en la recogida de datos, el secreto profesional y establecimiento de medidas de seguridad. Asimismo, la *Privacy Act* asumió las recomendaciones del *Ware Report* acerca del número de la Seguridad Social y la prohibición del número identificativo único. También aparece la regla de que los contratistas que accedan a los datos están obligados por las disposiciones de la ley. Toda esta regulación no se limita a los tratamientos automatizados, sino a cualquier tipo de registro que contenga información relativa a una persona.

Pero en vez de establecer una agencia de supervisión independiente al estilo europeo para supervisar el cumplimiento de la ley, se otorgó a los particulares la posibilidad de ejercer directamente una acción civil ante los Tribunales Federales en defensa de sus derechos. La administración Ford se opuso al establecimiento de una agencia independiente con el argumento de no incrementar la burocracia en el

⁶⁸⁵ Esta ley de reforma de la *Freedom of Information Act* fue vetada por el presidente Ford, pero el Congreso superó el veto por amplísima mayoría, lo que es indicativo del respaldo con que contaban estas medidas legislativas.

Gobierno federal. Como una solución de compromiso se estableció que la Oficina de Gestión y Presupuesto, “*Office of Management and Budget*”, supervisaría temporalmente la aplicación de la ley, si bien con poderes relativamente escasos. Generalmente, se ha venido entendiendo que la *Privacy Act* ha tenido una eficacia práctica muy limitada, precisamente como consecuencia de la ausencia de esta agencia independiente⁶⁸⁶.

Finalmente, hay que reseñar aquí otra ley similar que es la californiana *Information Practices Act* [Ley de Prácticas de Información] de 1977⁶⁸⁷, de similar orientación, pero relativa a la administración estatal de California.

d) *Otras leyes iniciales del grupo anglosajón*

La neozelandesa *Wanganui Computer Centre Act* [Ley del centro informático Wanganui] de 1976 se aprobó para regular el principal dentro de proceso de datos de la policía del país, llamado precisamente “*Wanganui Computer Centre*”, y establecía un Comisionado de Privacidad, un órgano supervisor de éste, el derecho de acceso de los ciudadanos, la obligación de investigar las quejas, un derecho a ser indemnizado y un régimen sancionador⁶⁸⁸.

Pocas cosas ilustran mejor la diferencia entre las concepciones europeo-continental y anglosajona de la protección de datos que una ley aprobada en esta época por el Estado australiano de Nueva Gales del Sur: se trata de la *Privacy Committee Act*⁶⁸⁹, que estableció la primera autoridad permanente de protección de

⁶⁸⁶ GELLMAN, R. «Does privacy law work?», en AGRE; ROTENBERG, *Technology and Privacy*, op. cit., p. 193-218.

⁶⁸⁷ ESTADOS UNIDOS, California. *An act to add Title 1.8 (commencing with Section 1798) to Part 4 of Division 3 of the Civil Code, relating to records* [September 8, 1977] [*Information Practices Act of 1977*] [Un ley para añadir un Título 1.9 (comenzando en la Sección 1798 a la Parte 4 de la División 3 del Código Civil, relativa a los registros [8 de Septiembre de 1977] [Ley de Prácticas de Información de 1977]]. 1977 *California Stat.*, 709, p. 2269-2287, codificada en el *Civil Code* de California, Sec. 1798 y s.

⁶⁸⁸ NUEVA ZELANDA. *An Act to provide for the establishment and operation of a computer based information system to aid the Departments of Police and Justice and the Ministry of Transport to carry out effectively their roles in relation to the law and the administration of justice, and to ensure that the system makes no unwarranted intrusion upon the privacy of individuals* [*Wanganui Computer Centre Act*] [9 September 1976] [Una Ley para regular la creación y funcionamiento de un sistema de información computerizado, para ayudar a los Departamentos de Policía y Justicia y a la Ministro de Transportes a llevar a cabo eficazmente sus funciones en relación con el ley y la administración de justicia, y para asegurarse que el sistema no realiza un invasión sin garantías en la intimidad de las personas físicas [Ley del centro informático Wanganui] [9 de septiembre de 1976]]. 1976, *New Zealand Stat.*, 19, p. 168-191

⁶⁸⁹ AUSTRALIA, Nueva Gales del Sur. *An Act to provide for the constitution of a Privacy Committee and to define its powers, authorities, duties and functions; to amend the Defamation Act 1974 and the Ombudsman Act 1974; and for purposes connected therewith* [*Privacy Committee Act 1975 No. 37*][Una ley para establecer la constitución de un Comité de la Intimidad, y para definir sus potestades, autoridad, obligaciones y deberes; para modificar la Ley de Difamación de 1974 y la Ley del Ombdusman de 1974 y para otras finalidades relacionadas [Ley del Comité de la Intimidad, 1975, Núm. 37], NSWGG, No. 63, 2nd May 1975, p. 1752.

datos fuera de Alemania y Suecia. El objeto de la Ley se reducía a crear una Comisión o Comité de la Intimidad (“*Privacy Committee*”), pluripersonal e independiente, cuya función era velar por la defensa de la intimidad de los ciudadanos en el tratamiento de datos automatizados en los sectores público y privado: se trata estrictamente de un órgano tipo *Ombudsman*, cuya función se reducía a escuchar las quejas de los ciudadanos y hacerlas llegar a los órganos competentes. Por tanto, aunque existe una declarada preocupación por la intimidad de los ciudadanos, nunca se consideró necesario establecer una legislación del corte de la europea y mucho menos en el sector privado. De hecho la preocupación por la intimidad llevó en muchos países primero a aprobar leyes que prohibían la vigilancia y las escuchas telefónicas, antes que una legislación de protección de datos.

C) Recapitulación: la procedencia de las modernas instituciones de la protección de datos de las primeras leyes de protección de datos y su orientación teleológica

Como ha podido fácilmente percibirse con el análisis de las primeras leyes de protección de datos, todas y cada una de las diez notas definitorias del derecho de protección de datos “*avanzado*”, proceden de una época muy concreta del desarrollo de este sector del ordenamiento: la apenas docena de leyes –entre países anglosajones y europeos continentales- aprobadas entre 1970 y 1978.

Así, haciendo un análisis desde el derecho positivo español, tendremos que

- La vigencia de una norma “*omnibus*” (art. 1 LOPD y 2 RLOPD) aparece en todas las leyes europeas (aunque en algún caso se limita al sector público, pero más bien por motivos derivados de la distribución de competencias en el Estado federal alemán, y también en la *Privacy Act*).
- El principio de la legitimación del tratamiento, o regla negativa de legitimación (art. 6 y 11 LOPD, y 7, 10-17 RLOPD) aparece por primera vez en la Ley de Hesse, y se repite en todas las demás leyes de protección de datos. No obstante, hay que comentar que hasta la *Privacy Act* no aparece el consentimiento como principio legitimador, que luego es seguido en las leyes alemanas y nórdicas. De la ley austriaca procede la exigencia de que el consentimiento sea expreso y por escrito. Los principios de finalidad y pertinencia están claramente formulados en la Ley de Renania-Palatinado. La prohibición de recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos (art. 4.7 LOPD) viene directamente de la ley francesa. La regulación especial de los datos sensibles comienza en la *Datalag* sueca, y continúa en las demás leyes. En la ley francesa, por ejemplo, hay ya casi una formulación idéntica a

- la actual, como informaciones que descubren los orígenes raciales, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o la pertenencia a un sindicato. Las leyes danesas y sueca insisten en la protección especial de los datos de salud.
- El principio de calidad de datos con sus manifestaciones de exactitud, finalidad y pertinencia o proporcionalidad (art. 4 LOPD y 8 RLOPD), aparece indirectamente en la Ley de Hesse, al permitirse al afectado la rectificación de sus datos, y luego ya claramente, como deber autónomo del responsable, en la *Datalag*.
 - El principio de transparencia del tratamiento (arts. 26.2 LOPD, arts. 55.2 y 60.2 RLOPD) aparece en la *Datalag* al establecerse la necesidad de autorización previa al tratamiento, y siendo dicha información accesible al público. Luego se formula como principio expreso en la *Privacy Act*. La publicidad del tratamiento, tanto para ficheros del sector público como del privado (a través del deber de inscripción registral) aparece claramente en la Ley federal alemana. El deber de información (art. 5 LOPD) aparece fragmentariamente en la *Datalag*, pero luego claramente como deber autónomo en la *Bundesdatenschutzgesetz*.
 - La obligación de implantar medidas de seguridad y respetar el deber de secreto (art. 9-10 LOPD y 71-114 RLOPD) aparecen en absolutamente todas las leyes de protección de datos.
 - Los derechos de los afectados se empiezan reconociendo en la Ley de Hesse (derecho de rectificación, e indirectamente el derecho de acceso), continúan en la *Datalag* (acceso y rectificación) y en la Ley de Renania-Palatinado (acceso, rectificación y cancelación) y finalmente en la ley federal alemana, se contiene ya una disciplina completa de los mismos (acceso, rectificación cancelación y bloqueo).
 - La prohibición de decisiones automatizadas (art. 13 LOPD y 34 RLOPD) aparece por primera vez en la Ley francesa.
 - La prohibición de la libre transferencia de datos a terceros países (33 y 34 LOPD y 65 a 70 del RLOPD), se encuentra por primera vez en la *Datalag* sueca, y sigue en las demás leyes.
 - Aseguramiento de la eficacia real de las garantías o derechos a través de sanciones e indemnizaciones (art. 43 a 49 y 19 LOPD) aparece también en la Ley sueca, y luego en las demás, siendo especialmente notable, por el rigor con el que aplica este principio la ley francesa. De la Ley de Renania-

Palatinado proviene el derecho a ser indemnizado en caso de sufrir daño por el tratamiento de datos.

- Por último, la y existencia de una autoridad supervisora independiente aparece en todas las leyes de protección de datos de enfoque “*omnibus*”, salvo en la *Privacy Act*.

De este modo, en apenas 8 años tenemos configurado plenamente el estándar europeo de protección de datos. Las leyes que vendrían después no aportan prácticamente nada más, a excepción quizá de la importancia que tiene en este sector del ordenamiento los mecanismos de la autorregulación, que son fomentados y tutelados por las autoridades independientes, que provienen de la *Data Protection Act* británica de 1984⁶⁹⁰ y de la Ley holandesa de protección de datos de 1988 (“*Wet Persoonsregistraties*”)⁶⁹¹. Cabe comentar, asimismo, que la impresionante rapidez y cohesión interna con que este tipo de leyes se han extendido por el mundo occidental tiene que ver no sólo con la formulación de una respuesta uniforme a problemas comunes, sino también, sin duda con factores externos. Podemos aventurar un par de ellos: la existencia de unas élites influyentes con contactos mutuos entre ellas, que han creado en la práctica una red transnacional de expertos en protección de datos que expresan una misma opinión⁶⁹²; y la relativa imposición de un cierto estándar de protección de datos para evitar el bloqueo de las transferencias internacionales de datos desde países que disponen de un determinado nivel de garantías en esta materia.

Estas leyes tienen un carácter preventivo: el peligro de los modernos sistemas informáticos para los derechos de la persona es tan grave, que se justifica que se introduzcan ciertas restricciones o limitaciones para intentar que se produzca un daño, y no para actuar en reparación del perjuicio una vez cometido, como ha sido siempre la tónica de actuación de las tradicionales acciones de protección del honor o de la intimidad.

En este punto, y a la vista del examen de los textos normativos debemos rebatir la idea que en ocasiones se ha deslizado acerca que las primeras leyes de protección

⁶⁹⁰ REINO UNIDO. *An Act to regulate the use of automatically processed information relating to individuals and the provision of services in respect of such information* [12th July 1984] [Una Ley para regular el uso de información procesada automáticamente relativa a personas físicas y el prestación de servicios relativos a dicha información [12 de julio de 1984]]. 1984 *Stat.* 35.

⁶⁹¹ PAÍSES BAJOS. *Wet van 28 December 1988 houdende regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met persoonsregistraties (Wet persoonsregistraties)* [Ley de 28 de diciembre de 1988 por el que se establecen normas para la protección de la vida privada en relación con los registros de personas (Ley de los registros de personas)]. *Stb.*. 1988, 665.

⁶⁹² BENNETT, *Regulating Privacy*, *op. cit.*, p. 5, 126-127.

de datos europeas fueran ajenas a la protección de la persona. Según Mayer-Schönberger⁶⁹³, las leyes aprobadas hasta la *Bundesdatenschutzgesetz* de 1977, inclusive, están centradas en la regulación del tratamiento de datos en sí mismo, dirigiendo sus esfuerzos a garantizar que el tratamiento sea “correcto”. Consecuentemente, no se centran en la protección de la intimidad, sino en controlar el posible peligro para la sociedad en su conjunto derivado del establecimiento de los primeros grandes centros de procesos de datos. Pero en realidad, aunque la orientación acerca el uso “correcto” de la información sea innegable, a nuestro juicio también aparece otra orientación destinada a proteger la autodeterminación del individuo. De este modo, desde la Ley de Hesse se reconocen los derechos de los afectados sobre sus propios datos, que como ya se ha indicado, son una expresión de la autonomía del individuo, que no sólo puede ejercerlos como derechos subjetivos, sino también adecuar su conducta y modelar sus actuaciones como tenga por conveniente en virtud de la información o respuestas que pueda obtener del responsable del tratamiento. Debe recordarse que el derecho de acceso en la *Datalag* sueca está configurado ya en términos prácticamente equivalentes a los actuales, y que la *Bundesdatenschutzgesetz* contiene una regulación completa de los cuatro derechos diferentes (acceso, rectificación, cancelación y bloqueo). Pero es que además, la *Datalag* sólo permitía a la *Datainspektionen* otorgara autorización para la transferencia internacional de datos a países terceros cuando había razones para pensar que la intimidad de los ciudadanos no se vería afectada, por lo que parece claro que la finalidad de las instituciones de la ley era también la protección de la intimidad. Finalmente, en algunas leyes de este periodo (*Privacy Act*, *Bundesdatenschutzgesetz*, *Ley austriaca*), comienza a aparecer el consentimiento del afectado como principio legitimador del tratamiento, aunque de forma muy limitada y restringida, en concreto, únicamente para legitimar la cesión de datos a terceros desde administraciones públicas o para que éstas usen los datos con otra finalidad. Por tanto, la protección de datos, tiene, desde sus comienzos, una dimensión dirigida a la protección de la personalidad de la persona según el principio del libre desarrollo de la personalidad del individuo.

6.4. Los primeros pasos hacia la constitucionalización formal de la protección de datos

A) La Constitución portuguesa de 1976

Le cabe a nuestro país vecino el honor de haber sido el primer Estado en incorporar una referencia a la cuestión de la protección de datos en un texto

⁶⁹³ MAYER-SCHÖNBERGER, «Generational development of data protection in Europe», *op. cit.*, p. 223-227.

constitucional. La Constitución pionera en este campo fue la portuguesa de 1976, que en un detallado art. 35 reconoce los derechos de acceso y rectificación, y prohíbe el tratamiento de datos personales sensibles salvo para fines estadísticos, así como la asignación de un número identificativo único⁶⁹⁴. El artículo original, bajo la rúbrica “*Utilización de la informática*”, decía así:

1. *Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que constare acerca de los mismos en registros mecanográficos, así como el fin a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización.*
2. *La informática no puede ser usada para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, excepto cuando se tratare del proceso de datos no identificables para fines estadísticos*
3. *Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.*

Esta primera formulación constitucional tiene tres partes claramente separadas. En el primer apartado, se contemplan los derechos de los afectados –acceso, rectificación y “*actualización*”–, aunque con la extraña formulación de referirse a registros “*mecanográficos*”. En el segundo, con un notable rigor típico de los comienzos de la era protección de datos, se prohíbe directamente el tratamiento informatizado de datos sensibles, circunscritos a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, sin admitir otra excepción que la disociación de datos, y además con fines no estadísticos. En el tercero, también muestra de las preocupaciones de la primera oleada de la protección de datos, se prohíbe la atribución de un número nacional único a los afectados

Hay que decir que este artículo 35 fue modificado en 1982, para varias finalidades: sustituir la expresión “*registros mecanográficos*” por “*registros informáticos*”, introducir un nuevo apartado 2 que prohíbe el acceso de terceros a los datos incluso a través de interconexiones, ampliar el concepto de datos sensibles con los datos relativos a las “convicciones filosóficas” y la filiación política o sindical del ciudadano, y finalmente introducir un nuevo apartado 4 que se remite a la ley para definir el concepto de datos personales y de fichero. El antiguo apartado 3, relativo

⁶⁹⁴ PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa*, cit.; versión española en *Informática. Leyes de protección de datos*, op. cit., p. 15.

a los números identificativos únicos se mantiene íntegramente, pasando a ser el apartado 5⁶⁹⁵.

Los comentarios tempranos a este precepto constitucional no se apartan de la línea de la doctrina jurídica de otros países. Así Barreiros, comentando la prohibición del número único, subraya la especialidad peligrosidad para la democracia y para las libertades de un registro centralizado con conexiones a cualquier registro sectorial, por el riesgo de control administrativo de los ciudadanos⁶⁹⁶. Gomes Canotilho, comentando el mismo precepto (que sigue vigente), años después, dice que la prohibición del número único funciona como garantía de los otros derechos del art. 35, al dificultar el tratamiento informático de los datos personales y su interconexión, que sería facilitada por el identificador común. También indica que todos los derechos del art. 35 se dirigen a robustecer el moderno “*derecho a la autodeterminación informativa*”, que impide que el hombre se transforme un simple objeto de información⁶⁹⁷.

B) La Ley federal austriaca de 1978 y su disposición constitucional

La Ley federal austriaca de protección de datos de (“*Datenschutzgesetz*”) de 18 de octubre de 1978 crea en su §1 un auténtico “*derecho fundamental a la protección de datos*” (“*Grundrecht auf Datenschutz*”). En efecto, el artículo 1 de dicha Ley, que reconocía un derecho fundamental a la protección de datos, tenía la consideración de “*disposición constitucional*” (“*Verfassungsbestimmung*”), indicándose así expresamente en la rúbrica del mismo⁶⁹⁸. El texto de esta larga disposición dice así:

⁶⁹⁵ PORTUGAL, *Lei Constitucional nº 1/1982, de 30 de Setembro. PRIMERA REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO* [Ley Constitucional nº 1/1982, de 30 de septiembre. PRIMERA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN], art. 27.5. La actual redacción de este artículo 35 proviene de la reforma constitucional de 1997, y ha ampliado la reserva de ley para una regulación general de la materia, además de prohibir las transferencias internacionales de datos a países sin nivel adecuado de protección e datos. Cfr. SIMÕES DE ALMEIDA, P. «O novo direito da sociedade de informação em Portugal- Breve enquadramento normativo», en REGISTRO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Catálogo de Ficheiros 2002, op. cit.*

⁶⁹⁶ BARREIROS, A. «Informática, Liberdades e Privacidade», en MIRANDA, J. (comp.), *Estudos sobre a Constituição, 1.º volume* (Lisboa, Petrony, 1977), p. 119 y s. *Vid.* también GOMES, M. «O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador» *Boletim Ministério da Justiça* (1982), Vol. 319.

⁶⁹⁷ GOMES CANOTILHO, J.J., *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Coimbra, Coimbra Editora, 1993), p. 214-215. Pero a este respecto VENANCIO, D. «A previsão constitucional da utilização da Informática» *Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos* (2007), Vol V, n. 8, p. 243-264 comenta que la prohibición del número único no ha sido obstáculo para el uso por la autoridad tributaria y la Seguridad Social, de sendos números identificativos a los ciudadanos.

⁶⁹⁸ Conforme al artículo 44.1 de la Ley Constitucional Federal (AUSTRIA, *Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz)* [Ley de 1 de octubre de 1920, por la que la República de Austria se constituye en estado federal (Ley Constitucional Federal), *BGBI. Ö*, 10 de noviembre de 1920, 1, p.1, numerosas veces reformada), este tipo de

“Toda persona tiene derecho a exigir y a hacer valer en juicio que sean mantenidos en secreto los datos personalizados que le conciernen, en la medida en que sbr los mismos tuviere un interés digno de protección, en especial en relación con el respeto a su vida privada y familiar.

Sólo serán admisibles limitaciones al derecho reconocido en el primer párrafo si así lo exigiere la salvaguardia de intereses legítimos de otro o si tales limitaciones tuvieran su base en leyes que fueren necesarias en virtud de las razones que se mencionan el artículo 8, segundo párrafo, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aun en el supuesto de tales limitaciones deberá darse la primacía al trato confidencial de los datos personalizados.

Toda persona tendrá, siempre que se elaboraren datos acerca de ella con ayuda de medios automáticos, el derecho a exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, información acerca de quién obtiene o elabora datos acerca de ella, de dónde proceden los datos, de cuáles son los datos, qué contienen, y para qué son empleados.

Toda persona tendrá, siempre que se elaboren datos acerca de ella con ayuda de medios automáticos, el derecho a exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, la rectificación de los datos inexactos y el de exigir, de acuerdo con las disposiciones legales, la rectificación de datos inexactos y el de exigir la cancelación de los datos obtenidos o elaborados indebidamente.

Sólo si se dieran las condiciones aludidas en el segundo párrafo, serán admisibles limitaciones con respecto a los derechos aludidos en los párrafos tercero y cuarto.

Siempre que los entes de Derecho público (“Rechtsträger”) ejercieren sus funciones sirviéndose de las formas del Derecho privado, el derecho fundamental a la protección de datos se hará valer por el cauce de la jurisdicción ordinaria”.

Otras disposiciones constitucionales figuran en el § 36 39, 40, 45, relativo a las funciones constitucionales de Comisión y Consejo de protección de datos.

En virtud del particular sistema constitucional austriaco, la ley que comentamos era a la vez una norma de rango constitucional y la ley “*omnibus*” de protección

disposiciones se tienen que aprobar con ese carácter y por mayoría de dos tercios del *Nationalrat* [Consejo Nacional] o Cámara Baja.

de datos del país⁶⁹⁹. Hubo un primer proyecto para la aprobación de esta ley, ampliamente difundido entre la primera doctrina de la protección de datos⁷⁰⁰. La Ley aprobada es asimilable a las anteriores que ya hemos descrita. Como peculiaridades reseñables, se aplica a personas físicas y jurídicas (§ 3), la legitimación por el consentimiento se aplica a la cesión de datos, pero tiene que ser expreso y por escrito (§ 7.2 y 18.2), y hay dos autoridades de protección de datos órganos supervisoras, la Comisión de Protección de Datos y el Consejo de Protección de datos, con funciones más bien ejecutivas y consultivas, respectivamente (§ 35 y s.)

C) La Constitución española de 1978

El artículo 18.4 de la Constitución alcanzó su redacción final -“*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”- después de una interesante tramitación en las Cortes constituyentes⁷⁰¹.

El Anteproyecto de Constitución ya incluía el artículo en su actual redacción, pero sin el inciso final “*y el pleno ejercicio de sus derechos*”⁷⁰². En el Congreso de los Diputados se presentaron un total de 8 enmiendas al precepto, que oscilaban desde la supresión del artículo hasta la ampliación del mandato dado al legislador a ámbitos distintos de la informática. Los dos grupos parlamentarios más importantes desde el punto de vista numérico presentaron enmiendas de significado completamente contrario. El Grupo de UCD - Enmienda N° 779- solicitaba la supresión del artículo por ser una “*concreción innecesaria en una norma constitucional*” y encontrarse “*incluido en la formulación general del art. 18.1*” y en la garantía general de los derechos; en cambio, el Grupo Socialista – Enmienda N° 339- quería eliminar el inciso “*de los ciudadanos*” porque

⁶⁹⁹ AUSTRIA. *Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz - DSG)* [Ley federal de 18 de octubre de 1978 sobre la protección de los datos personales (Ley de protección de datos - DSG). *BGBI. Ö*, 28 de Noviembre 1978, 193, p- 3619-3631); versión española en *Informática. Leyes de protección de datos (II)*, op. cit., p. 11-53. Un comentario en HEREDERO, M. «Ley austríaca de 18 de octubre de 1978 de protección de datos personalizados» *Documentación Administrativa* (1979) Núm. 184, p. 131-170.

⁷⁰⁰ Versión inglesa del mismo en SIEGHART, *Privacy and computers*, op. cit., p. 195-205.

⁷⁰¹ Sobre la elaboración de este artículo, vid. HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, op. cit., p. 45 y s.; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, op. cit., p. 150-153. Pueden verse el anteproyecto, enmiendas, informe de la ponencia y debates parlamentarios tanto en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso como en la Comisión de Constitución del Senado en CORTES GENERALES, *Constitución española: trabajos parlamentarios*, (Madrid, Cortes Generales, 1980), 4. v.

⁷⁰² El Anteproyecto se publicó en el *BOC* de 5 de Enero de 1978. Reproducido en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. I, p. 10.

consideraban que el derecho debe ser otorgado a todas las personas y no solo a los españoles⁷⁰³.

El Informe de la Ponencia nombrada en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados⁷⁰⁴, cambió la numeración del artículo, pasando a ser el apartado 4º del artículo 17 y haciendo un ligero un cambio de redacción motivado por razones de estilo (*“La Ley limitará el uso de la informática de manera que quede a salvo el respeto a la intimidad personal y familiar y al honor de los ciudadanos”*). Se lee en dicho Informe que la Ponencia, con el voto en contra de los parlamentarios de UCD, rechazó la Enmienda Nº 779, así como el resto por mayoría.

Pero en la Sesión celebrada en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas el día 19 de Mayo de 1978, triunfó una de las Enmiendas que había presentada, la Nº 117, del Grupo de Minoría Catalana, que propugnaba la inclusión del inciso final *“y el pleno ejercicio de sus derechos”*⁷⁰⁵. La justificación de la Enmienda decía textualmente que *“la limitación establecida en el presente artículo al uso de la informática, centrada exclusivamente en el honor y la intimidad personal y familiar, parece ignorar que los posibles perjuicios del uso de la informática pueden producirse, además y de manera fundamental, en el ejercicio de los derechos tanto políticos como cívicos por parte de los ciudadanos”*⁷⁰⁶. Los términos en que se desarrolló el debate son bastante indicativos de la intención de los diputados constituyentes: de las ocho enmiendas iniciales, tres se retiraron o no fueron defendidas (las Nº 2, 16 y 79); tras la defensa que hizo el Sr. Roca Junyent de la Enmienda Nº 117, otros diputados intervinieron para apoyarla (el Sr. Martín Toval, portavoz del Grupo Socialista,

⁷⁰³ Texto de las Enmiendas en el Congreso y su justificación en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. I, p. 121 y s. Las otras Enmiendas fueron: la Nº 2 (Sr. Carro Martínez) que propugnaba la desaparición del precepto por reiterativo respecto a otros artículos; la Nº 16 (Sr. Jarabo Payá) solicitaba la sustitución de la palabra *“informática”* por *“información”*; la Nº 79 (Sr. Gastón Sanz) quería ampliar el mandato a otros ámbitos con potencialidad lesiva del honor o la intimidad, proponiendo la redacción *“la ley limitará el uso de la informática y de cualesquiera otros procedimientos que pudieran dañar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos”*; la Nº 117 (Grupo de Minoría Catalana), que a la postre triunfaría y que se comenta en el texto; la Nº 470 (Grupo Mixto) proponía una reducción más depurada del artículo, en la línea del art. 35 de la Constitución portuguesa: *“la ley limitará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional”*; finalmente, la Nº 716 (Sr. Sancho Rof) intentaba la supresión del apartado 4 del art. 18, por considerarlo ya subsumido en el apartado 1.

⁷⁰⁴ Publicado en BOC de 17 de abril de 1978, reproducido en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. I, véase el artículo 17 en p. 517.

⁷⁰⁵ Boletín Oficial del Congreso, Diario de Sesiones de 19 de mayo de 1978. El debate referente al artículo que comentamos en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. I, p. 1068-1072.

⁷⁰⁶ Cfr. CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. I, p. 198.

que renunció así a defender la Enmienda presentada por su Grupo, y el Sr. Solé Turá); tras estas intervenciones, se retiraron las tres restantes Enmiendas (Nº 470, 716 y 779, ésta última presentada por el Grupo de UCD cuyos representantes renunciaron a defender su propuesta al percatarse de la coincidencia “*de tipo político*” entre los miembros de la Comisión); finalmente, sometida a votación la Enmienda Nº 117, única subsistente, se aprobó por unanimidad. De este modo, el Dictamen de la Comisión ya incluía la redacción actual del precepto, si bien bajo el número 17.4 del texto constitucional⁷⁰⁷. No hubo reserva de Enmiendas para ser defendidas en el Pleno, por lo que el precepto siguió sin modificación en el texto aprobado por el Congreso de los Diputados⁷⁰⁸.

En el Senado se volvieron a presentar otras dos Enmiendas de signo contrario: la Nº 145 (del Sr. Cela y Trulock) que propugnaba la supresión del art. 17.4, “*por obvio*” y la Nº 261 (del Sr. Zarazaga Burillo) que pretendía establecer el ámbito de lo que había de ser limitado no solo en la informática, sino también en el caso cualquier procedimiento o técnica que pudiera atentar contra los derechos de los ciudadanos, con objeto de que el precepto no quedara rápidamente obsoleto⁷⁰⁹. La Enmienda Nº 145 fue retirada, mientras que en Sesión celebrada el 24 de Agosto de 2004 en la Comisión de Constitución del Senado, se rechazó la Enmienda Nº 261 por 18 votos en contra y 3 a favor. El texto proveniente del Congreso fue aprobado por 22 votos a favor y 2 abstenciones⁷¹⁰.

Interesa al objeto de nuestro estudio subrayar que los intervinientes en el verdadero debate sobre el actual art. 18.4 CE, que tuvo lugar en el seno de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso y de la Comisión de Constitución del Senado, coincidieron en señalar que el artículo que estaban creando afrontaba los graves peligros que el uso de la informática suponía para los derechos de los ciudadanos en el mundo moderno, y no solo la intimidad y el honor. En el Congreso, el Sr. Roca Junyent manifestó que la informática puede afectar a la libertad de asociación, de reunión, de gestión y de

⁷⁰⁷ Publicado en *BOC* de 1 de Julio de 1978, reproducido en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. I, p. 1806.

⁷⁰⁸ Publicado en *BOC* de 24 de Julio de 1978, reproducido en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. II, p. 2578.

⁷⁰⁹ Texto de las Enmiendas en el Senado y su justificación en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. III, p. 2613 y ss. La Enmienda del Sr. Zarazaga Burillo proponía la siguiente redacción: “*Para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la ley limitará la utilización de la informática y otros procedimientos o técnicas que puedan atentar contra los citados derechos*”. De algún modo, en la intención de su proponente, esta Enmienda recuperaba la Nº 79 del Congreso.

⁷¹⁰ Cfr. *Boletín Oficial del Senado, Diario de Sesiones* de 24 de Agosto de 1978, Comisión de Constitución, reproducido en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. cit., vol. III, p. 3252 y s.

iniciativa económica, entre otros derechos, pudiendo inscribirse su intervención sin problemas en la corriente más avanzada de la doctrina jurídica de la época⁷¹¹. En la misma sesión el Sr. Martín Toval, por su parte, se refirió explícitamente al proyecto francés “SAFARI”, que como hemos visto, fue un detonante de la aprobación de la primera ley de protección de datos francesa.

Todo lo anterior nos indica que los constituyentes estaban perfectamente al corriente de las tendencias del derecho comparado en este campo, especialmente el recientísimo entonces artículo 35 de la Constitución Portuguesa, y que es en este contexto en el que debe encuadrarse la intención de los contribuyentes. Debe destacarse que al menos en tres ocasiones se rechazó expresamente que el artículo fuera innecesario o reiterativo y en otras dos, que lo que debía regularse fuera cualquier técnica o procedimiento técnico peligroso potencialmente para los derechos fundamentales; es claro que se consideraban que los peligros venían de “la informática”, y solo de ésta.

Una vez vigente la CE, la doctrina científica no prestó apenas atención a este precepto en un primer momento. La mayoría de comentaristas que analizaron tempranamente el texto constitucional consideraron que este artículo 18.4 era superfluo o bien se limitaba a establecer, sin más, un mandato al legislador para limitar el uso de la informática en relación con otros derechos fundamentales. Así, por citar solo algunos ejemplos, uno de los primeros comentarios a la Constitución, el de Alzaga, indicaba que el artículo 18.4 era innecesario⁷¹². Sempere Rodríguez⁷¹³ señaló que este precepto parecía amparar una limitación en la propiedad y el uso de sistemas informáticos, pero que propiamente no era más que una exigencia natural derivada de los derechos del Capítulo 2º del Título I de la Constitución, al estilo de que ocurre con el art. 20.4 CE, en el sentido de que la propia existencia de otros derechos fundamentales implica que esa libertad no es incondicionada, sino que tiene límites que deben ser regulados necesariamente por ley (no Ley orgánica, cfr. art. 53 CE). Por su parte, Castells Arteche criticó la

⁷¹¹ Cfr. CORTES GENERALES, *Constitución española...*, op. y loc. cit., “cuando un ciudadano, por ejemplo, deseando constituir una asociación o promocionar una reunión, o bien practicar una actividad económica, encuentra que, por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de sus derechos, que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad frente a los ciudadanos”.

⁷¹² ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978* (Madrid, Ediciones del Foro, 1978), p. 209-210: “se trata de un simple corolario del inciso primero de este artículo de la Constitución y es a todos luces innecesario y (...) si se pensara lo contrario gravemente incompleto, pues habría que haber sumado las limitaciones imposibles a las publicaciones escritas, a quienes hacen fotografías o ruedan películas cinematográficas a quienes toman grabaciones sonoras, por citar solo algunos supuestos muy llamativos”.

⁷¹³ SEMPERE RODRÍGUEZ, C., «Comentario al artículo 18 de la Constitución», en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *Comentario a las Leyes Políticas*, Vol. II (Madrid, EDESA, 1984), p. 436-439.

“falta de alcance de la fórmula adoptada finalmente”, además de la “inconcreción en la referencia a una ulterior legislación, remisión que debería completar el vacío de la imprecisión constitucional”⁷¹⁴. Muchos otros autores, en obras anteriores a la STC 254/1993, al comentar el art. 18.4 CE, se limitaban a decir que se trataba de una loable previsión del constituyente, cuyo contenido era establecer un mandato al legislador para que limitara, por ley, ciertos usos de la informática para proteger los derechos fundamentales, especialmente la intimidad, pero sin plantearse que ese apartado del art. 18 pudiera contener un derecho fundamental⁷¹⁵. Estas posiciones doctrinales recuerdan a algunas enmiendas – rechazadas– al texto de este apartado que se presentaron a lo largo del proceso constituyente. Solo una minoría de autores sostenía, antes de 1993, que el significado del art. 18.4 CE era establecer un derecho fundamental *autónomo* o propio⁷¹⁶.

⁷¹⁴ CASTELLS ARTECHE, M., «La limitación informática», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española*, Vol. 2: De los derechos y deberes fundamentales (Madrid, Civitas, 1991), 907-941, p. 934.

⁷¹⁵ De nuevo sin ánimo exhaustivo, ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional* (Madrid, Tecnos, 1992), p. 297: “nuestra regulación constitucional si bien parece mostrarse más conservadora que la portuguesa, debe ser considerada como una loable previsión de nuestros constituyentes que hay que desarrollar legislativamente cuanto antes”, después, por cierto de haber hecho una amplia referencia a la LORTAD en p. 295-296; LÓPEZ GARRIDO, D., «El proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal», *Jueces para la democracia* (1991), N° 13, 17-21, p.17, “[el art. 18.4 CE] prevé expresamente una Ley que limite el uso de la informática en cuanto atente a la intimidad personal”; ORTÍ VALLEJO, *Derecho a la intimidad e informática*, op. cit., p. 9, según el cual, el art. 18.4 CE era un mandato al legislador para introducir una legislación “absolutamente necesaria en todo país medianamente desarrollado, ante la palpable amenaza que representa la informática para los derechos y libertades fundamentales del hombre” (la obra fue publicada con posterioridad a la STC 254/1993, pero parece que su redacción se cerró antes haberla podido tener en cuenta, ya que no se cita en el texto); HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992...* op. cit., p. 49, dice que el artículo 18.4 “contiene el mandato dirigido al legislador de limitar el uso de la informática con el fin de proteger los derechos y libertades. El mandato constitucional no era del todo necesario, ni mucho menos puede decirse que su redacción sea satisfactoria. Ninguna de las leyes de protección de datos ha necesitado un mandato constitucional expreso, excepto las leyes de Portugal y de los Países Bajos”; ROVIRA VIÑAS, A., «Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación con la informática, la medicina y los medios de comunicación», *Revista de Estudios Políticos*, Nueva época, (julio-septiembre 1992), n.º 77, 259-265, p. 262, cuyo único comentario sobre el alcance del 18.4 CE fue que la informática es uno de los peligros más sutiles y graves “en relación con nuestra vida privada”, “hasta el punto de haber sido incluido [dicho peligro] en las constituciones portuguesa y española”.

⁷¹⁶ GRIMALT SERVERA, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, op. cit., p. 17, nota 12, cita sólo a cuatro autores como defensores de un derecho autónomo en el art. 18.4 CE antes de la STC 254/1993: Lucas Murillo de la Cueva, Pérez Luño, Ballester Cardel y Álvarez-Cienfuegos. Las obras relevantes son LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación...*, op. cit., especialmente en p. 156-158; PÉREZ LUÑO, A., «Los derechos humanos en la sociedad tecnológica» en LOSANO, M.; PÉREZ LUÑO, A.; GUERRERO MATEUS, M., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 133-185; ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, M., «El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los bancos de datos», en DAVARA, M. A. (coord.), *Encuentros sobre Informática y Derecho: 1990-1991* (Pamplona, Aranzadi, 1992), p. 183-191: “...la garantía de la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos frente al uso de la informática, constituye un auténtico derecho fundamental que en virtud de lo previsto en el art. 24 de la Constitución, debe recibir, llegado el caso, una tutela judicial tan efectiva como cualquier otro

El tiempo daría la razón a estos últimos y justo es reconocer su perspicacia. El derecho a la protección de datos es hoy un derecho fundamental *autónomo* en nuestro ordenamiento jurídico, y los diversos operadores del derecho afirman cotidianamente que este derecho fundamental está previsto, contenido, recogido, ubicado, garantizado o regulado en el art. 18.4 CE⁷¹⁷. El primer paso decisivo en el reconocimiento de este derecho fue la STC 254/1993, cuyos términos un tanto contradictorios no dejaron de provocar perplejidad en la doctrina⁷¹⁸. No son pocos los autores que hablan hoy de un “nuevo” derecho, lo que supone dar a entender que este derecho no existía en 1978 y sino que fue creado o descubierto en un momento posterior⁷¹⁹. Pero clara muestra de cómo ha cambiado la mentalidad

derecho fundamental”; BALLESTER CARDELL, M., *La intimidad como fundamento de la inviolabilidad del domicilio* (Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears, 1998), p. 95. Es interesante notar que los estudios más tempranos de PÉREZ LUÑO sobre el art. 18.4 CE no indicaban con claridad que estuviéramos ante un derecho fundamental autónomo, sino con una nueva configuración o adaptación del derecho a la intimidad: PÉREZ LUÑO, «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», *op. cit.* y PÉREZ LUÑO, A-E., «Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* (noviembre-diciembre 1981), N° 24 (nueva época) p. 31-53., si bien en esta última se atisba un primer indicio de que pudiera haber un derecho fundamental autónomo cuando afirma que p. 50 que una de las líneas del futuro desarrollo del art. 18.4 debe ser el “reconocimiento de la libertad informática que comporta garantizar (...), el derecho fundamental a [la información, etc.]”. Según MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, *op. cit.*, p. 255, nota 23, lo mismo puede predicarse de Lucas Murillo de la Cueva en un trabajo anterior al citado *supra* en esta nota: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. «La protección de los datos personales ante el uso de la informática» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (1989), Monográfico N° 15, «Diez años de desarrollo constitucional: estudios en homenaje del profesor Don Luis Sánchez Agesta», p. 614, donde se afirma que el objeto de protección del art. 18.4 CE es “esa dimensión de la personalidad que hemos llamado antes intimidad, o mejor, autodeterminación informativa, y que comporta para el particular el control sobre la utilización de sus datos personales”). En cualquier caso, está en lo cierto MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. y loc. cit.*, cuando dice que “se reconoce la dependencia original de la autodeterminación informativa respecto al derecho a la intimidad”, frase que se puede predicar de todos los autores citados en este segundo grupo.

⁷¹⁷ Véase, por todos, la STS, Sala 3ª de 10 de noviembre de 2011 (Rec. Núm. 5960/2008), donde puede leerse la siguiente frase: “ahora bien, tal inviolabilidad no es predicable frente al ciudadano cuando ejercita el derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE, en cuyo contenido esencial se integra el poder de disposición sobre los datos relativos a su persona” (subrayado nuestro).

⁷¹⁸ Como se ve especialmente en VILLAYERDE MENENDEZ, I., «Protección de Datos Personales, Derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm 4, Mayo-Agosto 1994, p. 187-224 y ORTÍ VALLEJO, A., «El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)», *Derecho privado y Constitución*, N° 2, 1994, p. 305-332.

⁷¹⁹ Por citar de nuevo sólo algunos ejemplos, puede verse la clara formulación de PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2002), p. 352 quien afirma que “la Constitución no reconoce expresamente este derecho”, que se trata de “un derecho de creación jurisprudencial”, y que lo que contiene el art. 18.4 CE “es un mandato al legislador”; ORTÍ VALLEJO, «El nuevo derecho fundamental...», *op. cit.*, p. 307: “hay que afirmar, en principio, que del art. 18.4 no puede desprenderse la existencia de un derecho fundamental en materia informática”; OLLERO TASSARA., *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales*, p. 143, donde habla de la STC 254/1993 como del “bautizo de un nuevo derecho”; SANMARTÍN ALCÁZAR, T. «La protección de datos: el nuevo derecho fundamental del siglo XXI» *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid* (Mayo-Agosto 2001), 2001, n° 10, p. 115-145, donde afirma que el TC lleva a cabo lleva a cabo “la formulación de un nuevo derecho fundamental”; DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R. «La libertad informática, un novísimo derecho

imperante en el curso de tres décadas es el hecho de que el art.18.4 CE, del que hoy se afirma cotidianamente que contiene un derecho fundamental, no despertara apenas el interés de unos legisladores que en las primeras legislaturas democráticas se dedicaron profusamente al desarrollo de la parte orgánica de la Constitución, ya que como recuerda Linde Paniagua, hasta 14 años después de la aprobación de la misma no existió la ley a que se refiere dicho artículo, y las primeras reacciones de los grupos parlamentarios para cumplir el mandato del artículo 18.4 no se produjeron hasta 1987⁷²⁰. Y cuando finalmente se aprobó dicha ley, ésta no tenía por objeto, *estrictamente*, el apartado 4 del artículo 18, sino que el legislador siguió los textos internacionales sobre protección de datos, que obviamente no están sujetos al corsé de nuestro precepto constitucional, lo que lleva a este autor a concluir que “*la ley española es, ni más ni menos, una ley de protección de datos personales*”⁷²¹. De ser esto cierto, la elaboración de la legislación española de protección de datos se ha llevado de forma independiente a las previsiones constitucionales.

D) La reforma de 1978 de la Constitución del Land de Renania del Norte-Westfalia

En diciembre del mismo año 1978 se reformó también el artículo 4º de la Constitución en el *Land* de Renania del Norte-Westfalia para introducir el reconocimiento del derecho a la protección de los datos⁷²². Con esta reforma constitucional, por primera vez, si no contamos aquí a la Ley federal austriaca de 1978 se incorpora en un texto constitucional la expresión clave “*protección de datos*”. Después de la reforma, se añadió un segundo apartado al artículo 4, para establecer que todo el mundo tiene derecho a la protección de sus datos de carácter personal (“*Jeder hat Anspruch auf Schutz seiner personenbezogenen Daten*”), y que las restricciones a este derecho sólo serían admisibles en virtud de una ley para atender a intereses preferentemente generales.

fundamental», en PÉREZ PRADOS, A. (y otros), *Jornadas sobre la protección de la privacidad. Telecomunicaciones e Internet*. (Madrid, Pamplona, Agencia de Protección de Datos/Universidad Pública de Navarra, 2001) p. 15-23, cuyo título es bien expresivo; no en vano el autor de fue uno de los magistrados del TC que firmó un interesante voto particular a la STC 254/1993.

⁷²⁰ LINDE PANIAGUA, E., «Presupuestos constitucionales de la protección de datos personales», en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), Vol. I, 1053-1072, p. 1054 y nota 1.

⁷²¹ LINDE PANIAGUA, E., «Presupuestos constitucionales de la protección de datos personales», *op. cit.*, p. 1064, 1066-67.

⁷²² ALEMANIA, Renania del Norte-Westfalia. *Gesetz zur Änderung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, vom 19.Dezember 1978* [Ley de modificación de la Constitución del Land Nordrhein-Westfalen, de 19 de diciembre de 1978]. *GVOBl. N-W.*, 22.Dezenber 1978, Nr. 75, S. 632.

Hay que subrayar que la modificación constitucional es notable en cuanto a su contenido, ya que la Constitución del Renania del Norte Westfalia es una de las pocas que no tiene declaración de derechos propia y que se remite para ello al catálogo de derechos fundamentales de la GG, precisamente dejando constancia de ello en el primer apartado de este artículo 4. Pero el constituyente quiso reconocer expresamente este derecho a la protección de datos, único derecho fundamental específico que figura en la Constitución del *Land*. Para definir este derecho peculiar, no ha hecho falta dar ninguna explicación ni desarrollar el contenido de este “*derecho fundamental a la protección de datos*”, como si todo el mundo supiera ya lo que es, y cuál es su contenido esencial. Se trata ya, por tanto, de un concepto perfectamente determinado. No cabe prueba más elocuente del triunfo del concepto de la “*protección de datos*”, y de su proyección constitucional.

E) La reforma de la Ley canadiense de derechos humanos en 1982

En 1982, con ocasión de la aprobación de la primera ley “omnibus” de Canadá, aplicable al sector público federal, la Ley de acceso a la información y de protección de datos personales, se modificó la Ley canadiense de derechos humanos (“*Canadian Human Rights Act*”)⁷²³ para introducir una nueva redacción de la Sec. 2ª, con el siguiente tenor literal:

“[El] Objeto de la presente ley es ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones legales del Canadá, dando efecto, dentro del ámbito de la competencia legislativa del Parlamento del Canadá, al principio según el cual toda persona deberá gozar de igualdad de oportunidades con las demás personas en cuanto a hacerse una vida personal propia, según sus posibilidades y deseos, de manera compatible con sus deberes y obligaciones como elemento integrante de la sociedad, sin verse obstruida ni impedida de hacerlo por prácticas discriminatorias basadas en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, la edad, el sexo o el estado civil, o las condenadas por delitos para los cuales se hubiera concedido indulto, o por efecto de prácticas laborales discriminatorias basadas en deficiencias físicas”.

Se realizaron al mismo tiempo otros ajustes mediante modificación de las correspondientes secciones de la “*Canadian Human Rights Act*”, relativos a la difusión de datos personales para pruebas judiciales, y respecto a que la revelación de datos personales conforme a la ley o constituye infracción de propiedad intelectual.

⁷²³ *Informática. Leyes de protección de datos (III)*, op. cit., p. 121. Véase la nota bajo el (*) en dicha página.

El artículo es importante porque introduce también por primera vez una problemática llamada a tener gran importancia en el desarrollo de la protección de datos, como es la garantía de la igualdad entre los ciudadanos y la prohibición de discriminación.

F) La reforma de 1983 de la Constitución holandesa

Finalmente, en el marco cronológico que nos hemos fijado, hay una última reforma constitucional para incorporar normas iusfundamentales referidas a la cuestión de la protección de datos. Se trata de la reforma de 1983 de la Constitución holandesa⁷²⁴. En medio de una puesta al día general de la vieja Constitución el Reino de los Países Bajos de 1815, después de un largo proceso de trabajos preparatorios y realizada con el acuerdo de todas las fuerzas políticas, se modificó la redacción del artículo 10 (que sigue vigente hoy en los mismos términos) con el siguiente resultado: un primer apartado reconoce el derecho de cada persona a su “*vida privada*”, sin perjuicio de las restricciones que pudiera establecer una ley aprobada por el parlamento; el segundo apartado contiene un mandato al legislador para proteger la intimidad en relación con la recogida y difusión de “*datos personales*”; finalmente, el tercer apartado hay un nuevo mandato al legislador para que establezca normas que garanticen el derecho de cada persona a ser informado de los datos objeto de tratamiento que le conciernan y del uso de los mismos, así como de exigir la rectificación de los mismos.

De este modo, al igual que hemos visto en otros ejemplos del mismo periodo, la Constitución holandesa constitucionaliza el que parece ser el aspecto de la protección de datos de mayor transcendencia constitucional: los derechos de los afectados. Y lo hace desde una perspectiva que vincula rotundamente “*protección de datos*” con derecho al respeto a la vida privada, lo que es también una tradición de otros países europeos⁷²⁵. Con todo, la ley a la que alude este artículo 10 de la Constitución holandesa no vino, en forma de ley “*omnibus*”, hasta 1988.

6.5. Los primeros instrumentos internacionales

⁷²⁴ La Constitución holandesa: PAÍSES BAJOS. *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden van 24 augustus 1815* [Ley fundamental del Reino de los Países Bajos de 24 de agosto de 1815], si bien ha sido reformada múltiples veces. La reforma más importante es la de 1983, que introdujo en nuevo artículo 10 para proteger la intimidad, con una importante referencia a la cuestión de la protección de datos, en la que ordena al Parlamento legislar para proteger la intimidad en relación con el tratamiento de datos personales y para reconocer los derechos de acceso y rectificación: PAÍSES BAJOS. *Besluit van 17 februari 1983, ter bekendmaking van de tekst van de herziene Grondwet* [Decreto de 17 de febrero de 1983 por el que se acuerda la publicación del texto de la Ley fundamental revisada]. *Stb.*, 1983, 70.

⁷²⁵ DE HERT; GUTWIRTH, «European Data Protection's constitutional project», *op. cit.*, p. 10.

Una nueva fase lo constituye la “*internacionalización*” de la protección de datos a comienzos de los años 80, en plena efervescencia del problema de las transferencias internacionales de datos, lo que trajo como resultado la adopción de los primeros documentos de ámbito internacional: DOCDE y C-108. De la importancia de ambos documentos da cuenta el hecho de que los hemos utilizado al comienzo de este estudio como textos de referencia para determinar el contenido material del concepto de la protección de datos.

El problema de las diferencias internacionales de regulación en materia de protección de datos apareció cuando la “*Datainspektionen*” sueca, aplicando la “*Data-lag*” de 1973, vetó el traspaso de datos a Alemania y Gran Bretaña en los años 70 porque estos países carecían de un nivel adecuado de protección conforme al derecho interno sueco⁷²⁶. Este precedente sirvió para mostrar crudamente que todo intento de establecer un nivel de protección de datos que no fuera seguido de medidas parecidas en los países vecinos, o bien carece a la postre de eficacia, o bien perjudicará los normales intercambios comerciales y culturales entre Estados. Este tipo de normas de prohibición de las transferencias internacionales de datos, que como hemos señalado forman parte de los diez puntos que para nosotros definen el contenido del derecho a la protección de datos, son una respuesta a las transferencias internacionales de datos (en inglés, “*transborder data flows*”, a veces conocidas por sus siglas TBDF, que han dado lugar en ocasiones a la traducción literal española “*flujo internacional de datos*”, hoy desusada). Mediante estas transferencias, el derecho de protección de datos establecido por la legislación de un país puede devenir totalmente ineficaz, por el sencillo procedimiento de enviar los datos a otro país con otra legislación menos exigente, para que fueran tratados allí. Ya la primera doctrina europea sobre el tema había hecho referencia a la necesidad de prohibir estas transferencias internacionales de datos cuando se realizaban a países sin un nivel suficiente de protección de datos, y dicha prohibición figuraba incorporada a la *Datalag* y, como hemos visto a lo largo de este estudio, a otras leyes posteriores de protección de datos. Como dice MADEC, “*al promulgar su legislación, nítidamente protectora, Suecia se dio cuenta que algunos ficheros de datos personales se expatriaban, privando de esta manera a los ciudadanos de las garantías que la propia ley sueca les concedía*”⁷²⁷. Pero fue en los años 80 cuando el tema provocó un intenso debate y una

⁷²⁶ BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», *op. cit.*, p. 51 y 52. En HAFLI, T. «Transborder Data Flows», *A Decade of Computers and Law*, *op. cit.*, 51-71, p. 70-71 se precisa que los datos cuyo traslado a Reino Unido se bloqueó afectaban a los sectores financiero y médico. Cfr. LLOYD, I.J. *Information Technology Law*, (London-Edimburgh-Dublin, Butterworths, 1997), p. 43-44.

⁷²⁷ MADEC, A., *El mercado internacional de la información* (Madrid, Fundesco/Tecnos, 1984), p. 18.

enorme bibliografía⁷²⁸, además de la aparición de dos instrumentos internacionales cuya finalidad era precisamente superar las barreras a estas transferencias: las

⁷²⁸ Algunos ejemplos de la literatura surgida a finales de los 70 y comienzo de los 80: EGER, J. «Emerging Restrictions on Transnational Data Flows» *Law and Policy in International Business* (1978), Vol. 10, p. 1055-1103; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Transborder data flows and the protection of privacy/Les flux de données transfrontières et la protection des libertés individuelles* (Paris, OECD, 1979); TURN, R. (ed.), *Transborder data flows* (Arlington, Va., American Federation of Information Processing Societies, c. 1979); CUNDIFF, W. ; REID, M. (eds.), *Issues in Canadian/U.S. Transborder Computer Data Flows* (Montreal, Institute for Research on Public Policy/Institut de Recherches Politiques, 1979); BING, J. «Transnational Data Flows and the Scandinavian Data Protection Legislation» *Scandinavian Studies in Law* (1980), Vol. 24, p. 65-96; DE SOLA POOL, I.; SOLOMON, R.B. «Intellectual Property and Transborder Data Flows» *Stanford Journal of International Law* (1980), Vol. 16, p. 113-140; FISHMAN, W.L. «Introduction to Transborder Data Flows» *Stanford Journal of International Law* (1980), Vol. 16, p. 1-26; KIRBY, M.D. «Transborder Data Flows and the Basic Rules of Data Privacy» *Stanford Journal of International Law* (1980), Vol. 16, p. 27-66; NOVOTNY, E.J. «Transborder Data Flows and International Law» *Stanford Journal of International Law* (1980), Vol. 16, p. 141-180; NOVOTNY, E.J. «Transborder Data Flows: A Bibliography» *Stanford Journal of International Law* (1980), Vol. 16, p. 181-200; CHAMOIX, J.-P., *L'information sans frontière* (Paris, La Documentation Française, 1980); EGER, J.M. «The Global Phenomenon of Teleinformatics» *Cornell International Law Journal* (1981), Vol 14, p. 203-236; NOVOTNY, E.J. «Transborder Data Flow Regulation» *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law* (1981), Vol. 3, Issue 1, p. 105-124; WOCHNER, L.N., *Der Persönlichkeitsschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr* (Zurich, Schulthess, 1981); MADEC, A., *Les Flux transfrontières de données* (Paris, La Documentation Française, 1982); PLESSER, R.L. «Issue of Data Flow Across National Borders Must Be Faced» *ABA Banking Journal* (February 1982), Vol. 74 Issue 2, p. 71-78; JUSSAWALLA, M.; CHEAH, W. «Emerging Economic Constraints on Transborder Data Flows» *Telecommunications Policy* (1983), Vol. 7, No.4, p. 285-296; KIRSCH, J., *Transborder Data Flows* (London, International Institute of Communications, 1983); TROTTER HARDY, Jr., I. «Transborder Data Flow: An Overview and Critique of Recent Concerns» *Rutgers Computer & Technology Law Journal* (1983), Vol. 9, p. 247-264; UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS, *Transnational Corporations and Transborder Data Flows* (Amsterdam, Elsevier/North Holland, 1984); SAMIEE, S. «Transnational Data Flow Constraint» *Journal of International Business Studies* (1984), Vol. 15, No.1, p. 141-150.; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Transborder data flows* (Amsterdam; New York, North-Holland/Elsevier, 1985). En cuanto a la bibliografía española, mucho más tardía como es habitual, tenemos entre otros: CARRASCOSA GONZALEZ, J. «Régimen jurídico del flujo internacional de datos automatizados de carácter personal» *Revista General de Derecho* (Octubre-Noviembre-Diciembre 1992), p. 9527-9548; PIÑOL I RULL, J.; ESTADELLA YUSTE, O. «La regulación del flujo internacional de datos», en RIPOI I CARULLA, S. (coord.), *La protección de los datos personales* (Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1993). p. 75-91; PAEZ MAÑÁ, J.; TRIVIÑO ACUÑA, E. «Flujo internacional de información» *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático* (1994), N° 4, Monográfico II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, p. 569-578; HERRÁN ORTIZ, A. I. «Problemas jurídicos del flujo internacional de datos personales en la legislación española», en DAVARA RODRÍGUEZ, M. Á., (coord.), *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2000), p. 81-94; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. «Flujo Internacional de Datos» *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático* (1999), Número 30-31. Dedicado a: Contratación electrónica, privacidad e internet, p. 189-206. Con la terminología más actual –transferencia internacional de datos–, tenemos entre otros: CARRASCOSA GONZALEZ, J. «La Directiva 95/46/CE: Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados» *Economist & Jurist*, enero/febrero 1997, p. 30-35; ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales* (Madrid, Tecnos/Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, 1995); SANCHO VILLA, D., *Transferencia internacional de datos personales* (Madrid, Agencia de Protección de Datos, 2003); ORTEGA JIMÉNEZ, A. «La transferencia internacional de datos de carácter personal y el Derecho internacional privado» *Diario La Ley*, 2005, número 6237, p. 1 a 5. Según afirma MADEC, A., *El mercado internacional de la información*, op. cit., p. 17, la primera conferencia internacional dedicada íntegramente a la cuestión fue organizada en Roma en junio de 1980 por la Oficina Internacional para la Informática (IBI).

Directrices en relación con el flujo internacional de datos personales y la protección de la intimidad y las libertades fundamentales, aprobadas por Recomendación adoptada por el Consejo [de Ministros] de la OCDE de 23 de Septiembre de 1980 (DOCDE)⁷²⁹, y el *Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal*, hecho en Estrasburgo el 28 de Enero de 1981 [Convenio N° 108 del Consejo de Europa] (C 108)⁷³⁰.

Ambos textos surgieron en el seno de Organizaciones Internacionales de cooperación, y tienen un contenido similar, lo que según Burkert no es de extrañar porque las mismas personas participaron en la elaboración de ambos⁷³¹. Sin embargo, ambos instrumentos se distinguen netamente por su alcance y fuerza vinculante. Mientras las DOCDE (al igual que las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa que hemos mencionado arriba) no pasan de ser meros consejos que obligan sólo moralmente, el C-108 es un verdadero tratado internacional, cuya entrada en vigor se produjo en 1985 para los cinco Estados parte del mismo en aquel momento (Francia, Alemania, Noruega, Suecia y España); además, la adhesión al Convenio queda abierta, en virtud del artículo 23 del mismo, a Estados no miembros del Consejo de Europa, lo que indica la voluntad clara de este texto jurídico de convertirse en un instrumento efectivo de asegurar un nivel de protección de datos adecuado a escala multinacional. Las líneas fundamentales de los dos textos, que se aplican tanto al sector público como al privado, son:

- Principio de calidad de los datos (art. 5 del C-108y 7-9 de las DOCDE).
- Prohibición de tratamiento de datos sensibles, salvo adoptando las medidas de salvaguardia adecuadas (art. 6 del C-108).
- Adopción de medidas de seguridad (art. 7 del C-108y 11 de las DOCDE).

⁷²⁹ ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Recommendation of the Council concerning Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, [en línea] (23 September 1980). Versión española: ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Flujo internacional de datos* (Madrid, Presidencia del Gobierno, Servicio Central de Publicaciones, 1982).

⁷³⁰ Texto español en el Instrumento de ratificación de 27 de Enero de 1984, publicado en el *BOE* de 15 de Noviembre de 1985.

⁷³¹ BURKERT, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», *op. cit.* Un papel destacado parece corresponder al holandés Frits W. Hondius, destacado estudioso y defensor de la protección de datos en sus primeros tiempos.

- Reconocimiento de derechos de acceso, rectificación y cancelación a los afectados, con la posibilidad de recurso en caso de no ser atendidos (art. 8 del C-108 y 13 de las DOCDE).
- Posibilidad de establecer excepciones a algunas de las anteriores normas por motivos relacionados con intereses públicos o para datos estadísticos o científicos (art. 9 del C-108 y 4 de las DOCDE).
- Posibilidad de establecer restricciones a las transferencias internacionales de datos (art. 12 del C-108 y 17 de las DOCDE) con objeto de que los derechos de los ciudadanos no queden vulnerados.
- En cuanto a los mecanismos para lograr la aplicación eficaz de los principios de la protección de datos, se mencionan la imposición de sanciones y el establecimiento de Autoridades públicas “*ad hoc*” (art. 10 y 13 del C-108, y 19 de las DOCDE, este último solo en cuanto a sanciones).
- Por último, debe mencionarse la posibilidad que dan ambos textos de extender la protección a los datos de personas jurídicas y a los ficheros no automatizados (art. 3 del C-108 y 2-3 de las DOCDE).

Pese al evidente solapamiento de ambos textos, parte de la doctrina ha insistido en que la diferencia entre ambas estriba en el enfoque: mientras que el Convenio responde a una concepción de derecho continental europeo (“*civil law*”), las Orientaciones, en cuya redacción intervinieron los Estados Unidos, obedece a un concepto más propio del derecho anglosajón: ideas más generales, cuyo significado concreto será fijado en la práctica por la actividad judicial, frente a una codificación cerrada y detallista⁷³².

6.6. La “*Volkszählungsurteil*” de 1983

Cualquier historia de la protección de datos tiene que referirse necesariamente a la sentencia del *BVerfG* de 15 de diciembre de 1983 (“*Volkszählungsurteil*”), dictada sólo 13 años después de la Ley de Hesse, que declaró la inconstitucionalidad de algunas partes de la Ley del Censo de 1983.

Se trata de una resolución capital en la determinación del contenido de este nuevo derecho, tal y como lo conocemos hoy, ya que ha tenido una notabilísima importancia en muchos países del ámbito europeo occidental, y desde luego también en el nuestro. De nuevo, el contexto en el que se dictó esta trascendental

⁷³² LLOYD, I.J. *Information Technology Law*, p. 49, y los autores que cita.

resolución nos resulta familiar: según relata Heredero Higuera⁷³³, la intención gubernamental de realizar el acopio de una gran cantidad de datos, a través de la realización de un censo, fue percibida como una amenaza por un sector de la ciudadanía alemana, originándose una fuerte contestación que terminó con la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad contra la Ley federal de 25 de marzo de 1982 sobre el censo de población, profesiones, viviendas y centros de trabajo (abreviadamente Ley del Censo de 1983 ó “*Volkzählungsgesetz*”)⁷³⁴, que a la postre produjeron la sentencia que comentamos.

Conviene aclarar que la sentencia sólo declaró inconstitucionales tres aspectos de detalle de la Ley (apartados 1 a 3 del art. 9), confirmando la adecuación del resto de la norma a los principios constitucionales, así como el derecho de las administraciones a recabar y manejar datos personales, incluso los relativos al núcleo más íntimo de la intimidad de la persona. Por tanto, la importancia de la sentencia está en su fundamentación, más que en su alcance.

En la GG no se reconoce expresamente el derecho a la intimidad, ni lógicamente, dada la fecha de su aprobación, se hace referencia alguna a un derecho a la protección de datos personales, por lo que ni uno ni otro resultaron vulnerados por la Ley del Censo. El Tribunal rechaza, asimismo que la recogida de datos para elaborar el censo viole los derechos a la libertad religiosa, la inviolabilidad del domicilio, o la libertad de expresión (arts. 4.1, 13.1 y 5.1 de la “*Grundgesetz*”). El derecho que resulta afectado por la Ley del Censo es el llamado “*derecho general a la personalidad*” recogido en el artículo 2.1 de la “*Grundgesetz*”, consecuencia directa de la famosa cláusula general del artículo 1.1 del texto constitucional, que reconoce la dignidad intangible de la persona.

Según ya había declarado el *BVerfG* en varias resoluciones emitidas desde los años 60, una parte del derecho general a la personalidad es “*la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites proceder revelar situaciones referentes a la propia vida*” (Fundamento C, II de la sentencia que comentamos). En este sentido, como comenta Denninger, que cita aquí a Simitis, la sentencia no supone “*el nacimiento de un de un nuevo derecho fundamental, y especialmente no lo es*

⁷³³ HEREDERO HIGUERAS, M. «La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República federal alemana relativa a la Ley del Denso de 1983» *Documentación Administrativa* (abril-junio 1983), N° 198, p. 139-158. Vid. tb. BERGMAN, *Volkzählung und Datenschutz*, op. cit. y BIEBER «Datenschutz als politisches Thema - von der Volkszählung zur Piratenpartei», en SCHMIDT, J.; WEICHERT, T. (Hrsg.), *Datenschutz: Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen* (Bonn, Bundeszentrale für politische Bildung, 2012), p. 34-44.

⁷³⁴ ALEMANIA. *Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung, vom 25 März 1982*, cit.

de un derecho fundamental a la protección de datos”⁷³⁵. Ni siquiera es nueva la expresión “*derecho a la autodeterminación informativa*” (“*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”), llamada a tener un notable éxito en la doctrina posterior, ya que según Denninger, apareció ya en el famoso Informe de 1971 sobre cuestiones fundamentales de la protección de datos encargado por el Ministerio del Interior federal a un grupo de profesores universitarios y vuelve a encontrarse en diversos estudios de la década de los años 70⁷³⁶.

La novedad de la sentencia estriba en que el Tribunal considera que esta faceta del derecho a la personalidad adquiere *necesariamente*, en las sociedades modernas tecnológicamente avanzadas, una nueva dimensión que lo afecta muy profundamente. En efecto, la sustitución de los antiguos registros y documentos manejados manualmente por el tratamiento de información a través de mecanismos automáticos, provoca que la cantidad de información que puede acumularse sobre una persona no tenga límites, que esa información pueda recuperarse en cuestión de segundos, y que unas recopilaciones de datos puedan agregarse a otras, elaborándose un perfil total o parcial de la personalidad del individuo, sobre el que éste no tiene control ni en cuanto a su veracidad ni en cuanto a su utilización. Esta acumulación de datos en una medida desconocida hasta ahora, puede tener una enorme influencia sobre la conducta del individuo, porque ya no podrá autodeterminarse con libertad. Recurriendo a un ejemplo que tendrá una larga historia posterior⁷³⁷, dice la sentencia que “*quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o en una iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo renunciará presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales*”. Por eso, un orden social y jurídico, “*donde los ciudadanos ya no pueden saber quien sabe qué, cuando y en qué situación con respecto a su propia persona*” no sería compatible con el derecho a la autodeterminación informativa, o en otras palabras, es imprescindible rodear cualquier actividad relacionada con la información de carácter personal de las adecuadas garantías de protección de datos. Y es que “*el grado de sensibilidad de las informaciones ya no depende únicamente de si afectan o no a procesos de la*

⁷³⁵ DENNINGER «El derecho a la autodeterminación informativa», *op. cit.*, p. 271.

⁷³⁶ STEINMÜLLER *et alii*, *Grundfragen des Datenschutzes...*, *op. cit.*, p. 81 y s., 88 y 93. Cfr. DENNINGER, «El derecho a la autodeterminación informativa», *op. cit.*, nota 29.

⁷³⁷ Por ejemplo, en el debate de las Cortes constituyentes sobre el actual art. 18.4 de la Constitución, un ejemplo muy parecido fue utilizado por los defensores de la inclusión del último inciso “*y el pleno ejercicio de sus derechos*”, en la sesión celebrada en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas el día 19 de Mayo de 1978, *Boletín Oficial del Congreso, Diario de Sesiones*, de 19 de mayo de 1978, reproducido en CORTES GENERALES, *Constitución española...*, *op. cit.*, vol. I, p. 1068-1072.

intimidad”: ahora es muy importante también conocer las condiciones en que se utilizará el dato. En definitiva, “*la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona*”.

Vemos aquí cómo pasan a primer plano las motivaciones derivadas del temor al totalitarismo ejercido por medio del uso intensivo de la información. No puede saberse hasta que punto los magistrados del *BVerfG* tenían presente la experiencia terrible del nazismo que vivieron en su juventud, pero es quizá revelador que la sentencia recoge, si bien describiendo la argumentación de los demandantes, una expresión derivada, como hemos visto, de las utopías negativas de la primera mitad del siglo: el “*hombre de cristal*” en que se convertirá el ciudadano como consecuencia de los condicionamientos tecnológicos. Desde luego, es claro que el Tribunal concibe la protección de datos fuera del estrecho cauce del derecho a la intimidad y piensa que es una garantía del ejercicio de *todos* los derechos fundamentales en una sociedad tecnológicamente avanzada.

Creemos de gran interés resaltar que la argumentación del *BVerfG* tiene una segunda parte que a menudo ha sido obviada: que el derecho a la autodeterminación informativa no está garantizado sin límites. Dice la sentencia que “*el individuo no tiene ningún derecho sobre «sus» datos en el sentido de una soberanía absoluta e irrestringida, sino que es más bien una personalidad que se desenvuelve dentro de la comunidad social y que está llamada a comunicarse. La información, incluso en la medida en que se refiera a la persona como tal, ofrece un retrato de la realidad social que no cabe asignar exclusivamente al interesado*”. Hay pues una tensión entre derecho a la autodeterminación informativa y diversos intereses colectivos: “*el individuo tiene, pues, que aceptar en principio determinadas limitaciones a su derecho a la autodeterminación informativa en aras del interés predominante de la colectividad*”⁷³⁸.

Estas dos caras del derecho a la autodeterminación informativa, tomadas en consideración conjuntamente, explican las consecuencias que el tribunal alemán extrae a la vista de la cuestión enjuiciada. En primer lugar, es inadmisibles que la administración recabe datos referidos a la persona sin precisar la finalidad con la que se utilizarán; en segundo lugar, los datos deben ser adecuados y necesarios a dicha finalidad; en tercer lugar, resulta imprescindible impedir la desviación de uso desde la finalidad primitiva mediante prohibiciones de transmisión de los

⁷³⁸ Este es el punto sobre el que incide, por ejemplo, el comentario de KRAUSE, P. «Zum recht auf informationelle Selbstbestimmung - BVerfGE, 65, 1» *Juristische Schulung* (1984), Heft 4, 268-275, p. 270, quien se sorprende de que el mero hecho de recabar datos personales pueda ser considerado “*totalitario*”.

datos a terceros y de su aprovechamiento indebido; por último, hay que respetar unas precauciones de orden jurídico-procesal (lo que hoy llamaríamos deber de información y derechos de acceso y cancelación) e incluso, es de “*significación sustancial*” la participación de encargados independientes de la protección de datos para una “*salvaguardia efectiva*” del derecho a la autodeterminación informativa.

En cambio, no puede ponerse reparo a la recopilación de datos con finalidades estadísticas, aunque no se exprese la finalidad concreta de su utilización, porque estos datos serán, en principio, anonimizados. El *BVerfG*, no obstante, aplica la doctrina fijada por él mismo, y anula tres disposiciones de la Ley del Censo –arts. 9.1, 9.2 y 9.2–que preveían, respectivamente, el cotejo de datos estadísticos no anonimizados obtenidos a través del censo con el padrón municipal, la cesión de datos del censo a organismos públicos federales y regionales en la medida que lo necesiten para el ejercicio de sus competencias y la cesión de dichos datos a entidades municipales, ya que en ninguno de los casos se precisaba las finalidades del tratamiento de datos que se autorizaba; además, en el caso de las entidades municipales, carecían de normativa reguladora de la protección de datos y especialmente de organización que pudiera garantizar el derecho a la autodeterminación informativa.

Reconocemos en estos enunciados muchas de las instituciones de la protección de datos que nos son familiares hoy. De hecho, en algunos párrafos de la sentencia parecen anticiparse muchas ideas y expresiones que se incluyeron en la Exposición de motivos de la LORTAD, aún hoy una de las exposiciones más acabadas en lengua castellana de lo que es el espíritu de la protección de datos. Pero recapitulando desde un punto de vista estrictamente jurídico, las consecuencias más importantes de la sentencia que comentamos son que, en primer lugar, marca una fuerte tendencia, seguida en muchos países (entre ellos el nuestro), a considerar el derecho de protección de datos como un derecho fundamental. El nuevo derecho fundamental está explicado y fundamentado y a partir de entonces perfectamente integrado en la cultura jurídica constitucional occidental. La “*Volkszählungsurteil*” ha sido el modelo seguido por muchos tribunales del mundo con funciones constitucionales, sobre todo del ámbito europeo, para considerar inconstitucionales disposiciones de diversas leyes. Así, esta sentencia ha sido sin duda el modelo en el que se ha inspirado las decisiones de otros tribunales con funciones constitucionales. Y al mismo tiempo, da comienzo también a la tendencia de la progresiva desvinculación del derecho fundamental a la protección de datos respecto al texto constitucional. Pero como ya se ha señalado, en esta materia parece indiferente lo que digan los textos constitucionales: a medida que pasan los años, en el nivel constitucional la

solución a la que se llega siempre es la misma en los distintos países, ya que en todos ellos se acaba reconociendo un derecho fundamental a la protección de datos, con independencia de la configuración textual concreta de cada ordenamiento jurídico.

6.7. Las secuelas de la “*Volkszählungsurteil*” en la constitucionalización de los años posteriores.

En el proceso de constitucionalización de la protección de datos posterior a la “*Volkszählungsurteil*” se percibe claramente la influencia de ésta. Hay que referirse, en primer lugar, a una sentencia del Tribunal Constitucional húngaro de 1991 que anuló una normativa que establecía un número identificador único para cada ciudadano por ser contraria al derecho fundamental a la protección de datos. Hungría no había adoptado una nueva constitución después de la caída del comunismo, sino que reformó profundamente la Constitución vigente, la Ley XX de 1949, entre otras cosas para introducir un derecho a la intimidad y al secreto en sus asuntos privados y sus datos personales. Bajo este marco normativo, la sentencia del Tribunal Constitucional húngaro 15/1991, IV. 13, anuló el establecimiento de un número personal único universal para cualquier uso indeterminado. Además anuló el sistema de registro de población administrativo, indicando que el poder legislativo debería establecer primero una legislación de protección de datos. La base de la decisión fue que de los preceptos constitucionales, especialmente de los relativos a la intimidad, se derivaba un derecho a la autodeterminación informativa, como potestad de decir activamente sobre la información que corresponde a la persona, en vez de simplemente tener el derecho pasivo de tener la información protegida⁷³⁹.

La jurisprudencia del TC sobre protección de datos hasta el año 2000 es especialmente notable, y debe ser al menos mencionada. Comienza, como es sabido, con la STC 254/1993. En ella, el TC acepta la fuerza vinculante del C-108 sobre el ordenamiento interno en tanto que actúa como criterio interpretativo de la Constitución en materia de derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Con este presupuesto el Tribunal comienza la exégesis del artículo 18.4 CE y comienza realizando afirmaciones trascendentales: *“Dispone el art. 18.4 CE que «la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». De este modo, nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los*

⁷³⁹ Cfr., DUPRÉ, C., *Importing the law in post-communist transitions* (Hart, Oxford, 2003); SZEKELY, I., «Hungary», en RULE, J.; GREENLEAF, G., *Global Privacy Protection* (Cheltenham, UK; Northampton, M.A., USA, Edward Elgar, 2010), 174-206, p. 181-182.

derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama «la informática» (FJ 6º). Así pues, el Tribunal entiende que el artículo 18.4 CE tiene su sede un derecho fundamental autónomo y una vez sentado este principio, pasa a describir su “contenido esencial” que debe ser respetado por el legislador que lo desarrolle, y que tiene, aún en ausencia de dicha regulación, aplicabilidad inmediata. El contenido esencial de este derecho a la libertad informática consta de dos elementos: el elemento negativo: “un primer elemento, el más «elemental», es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el resto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos” (FJ 7º). Es decir, que la informática no se puede utilizar para vulnerar el derecho a la intimidad, lo que supone una restricción a su uso; el elemento positivo, consistente en una serie de facultades (conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros) para poder así controlar el uso de los datos: “Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria. Y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues, como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada ‘libertad informática’ es, así, también derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)” (FJ 7º). Estas facultades positivas forman parte del nuevo derecho de “libertad informática” o “habeas data”, como los llama el Tribunal, aún cuando no hayan sido desarrolladas legislativamente.

Sin embargo, en el FJ 8º, parece que la Sentencia corrige en algún modo lo dicho anteriormente, y estima el recurso otorgando el amparo por vulneración del derecho a la intimidad, diciendo textualmente “la Administración demandada en este proceso vulneró el contenido esencial del derecho a la intimidad del actor, al despojarlo de su necesaria protección”. En su comentario a la Sentencia, Villaverde Menéndez subraya que el Tribunal, después de afirmar que en el seno del artículo 18.4 hay un nuevo derecho fundamental, de configuración legal, al que llama “libertad informática”, da un giro argumentativo y encarrila el razonamiento a través del derecho a la intimidad, concluyendo que la Sala viene a afirmar que “la actuación de la Administración Pública vulneró el contenido esencial del

*derecho a la intimidad y no el contenido esencial de un hipotético derecho de libertad frente al uso ilícito de la informática”*⁷⁴⁰. Al decir de este autor, de esta sentencia no se desprende en realidad un derecho fundamental autónomo en el artículo 18.4 CE, sino una garantía de los derechos fundamentales del artículo 18.1 en el ámbito de la informática. El que esa garantía aparezca en el Convenio 108 en forma de derechos subjetivos no lo convierte en un derecho fundamental independiente.

La STC 143/1994, aunque desestima el recurso contra las disposiciones reglamentarias que regularon la composición y la forma de utilización del Número de Identificación Fiscal (Real Decreto 338/1990, de 9 de Marzo, y Orden de 14 de Marzo de 1990), ante la alegación de la entidad recurrente de que las normas cuestionadas permiten recoger información que posteriormente puede ser usada de forma incorrecta para invadir la esfera privada de los ciudadanos, el Tribunal se remite expresamente a la doctrina ya sentada en la Sentencia 254/1993. Se vuelve a reiterar que la existencia de modernos medios técnicos para el tratamiento de la información exige una ampliación del derecho a la intimidad, ya que éste no agota su contenido en facultades puramente negativas: *“en consecuencia con ello, habría que convenir en que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta”*. Esta idea se desprende también del Convenio 108, al que la Sala otorga valor interpretativo, a tenor del artículo 10.2 CE. Para el Tribunal Constitucional dichas garantías frente al uso ilícito de los datos se contienen sobre todo en la LORTAD, por aquel entonces ya en vigor. Aunque la normativa impugnada acerca del NIF ni impide expresamente ni legitima el posible uso ilícito de los datos obtenidos, la vigencia de la LORTAD y el propio recurso de amparo constituyen garantías suficientes para los ciudadanos. En cualquier caso, se señala nuevamente que no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre vulneraciones de derechos fundamentales que todavía no se han producido.

Luego hay un grupo de 16 Sentencias dictadas entre 1998 y 1999 por el Tribunal Constitucional, que se remiten todas a la primera de ellas, la STC 11/1998, por

⁷⁴⁰ VILLAYERDE MENENDEZ, I., «Protección de Datos Personales, Derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm 4, Mayo-Agosto 1994, p. 187-224, cita en p. 205.

estar basadas en supuestos de hecho sustancialmente iguales, y que se refieren al uso indebido del dato de afiliación sindical. El Tribunal empieza recordando la doctrina sentada en la Sentencia 254/1993, constatando a continuación que el dato de *“la afiliación del trabajador recurrente a determinado Sindicato, se facilitó con la única y exclusiva finalidad lícita de que la Empresa descontara de la retribución la cuota sindical y la transfiriera al Sindicato, de acuerdo con lo establecido en el art. 11.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Sin embargo, el dato fue objeto de tratamiento automatizado y se hizo uso de la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: retener la parte proporcional del salario relativa al período de huelga”*. En definitiva en el trabajador sufrió un trato peyorativo como consecuencia de su adhesión a un sindicato. En el FJ 5º parece que el Tribunal está aplicando el artículo 18.4 solo en la perspectiva de garantía de otros derechos Pero aunque parece que otorga el amparo directamente contra la vulneración del derecho a la libertad sindical, pero *“obiter dicta”* está afirmando nuevamente la existencia de un nuevo derecho fundamental autónomo está reconociendo la vulneración del contenido excluyente negativo del derecho a la *“libertad informática”*. Aunque la fórmula empleada por el Tribunal no acaba de ser clara, en el caso expuesto no parece haber duda de que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical. Por tanto, si bien parece claro que derechos fundamentales distintos de la intimidad y el honor pueden vulnerarse como consecuencia del uso automatizado de datos de carácter personal, no queda claro si es posible recurrir en amparo cuando simplemente se realice un uso indebido de datos personales automatizados y sin que se haya vulnerado otro derecho fundamental. De todas formas, llama la atención la falta de fundamentación constitucional de ese nuevo derecho a controlar las informaciones, porque si está claro que el derecho existe en nuestro ordenamiento por obra del legislador ordinario (a través entonces de la LORTAD y hoy de la LOPD), no acaba de verse que tenga un alcance constitucional.

Otra sentencia relacionada con cuestiones laborales es la STC 37/1998, que analiza nuevamente el tema de la vulneración de derechos fundamentales de contenido laboral (derecho a la huelga y derecho a la libertad sindical) como consecuencia esta vez de la grabación de imágenes, y considera que la existencia de legislación que establece las garantías del tratamiento de las imágenes recogidas es suficiente causa para desestimar el recurso. En la importante STC 202/1999, el TC entiende que el tratamiento de dato de un fichero cuya finalidad es controlar el absentismo laboral, sin consentimiento del afectado es una medida inadecuada y desproporcionada que conculca el derecho a la intimidad y a la libertad informática. La Sentencia reitera la jurisprudencia de las SSTC 254/1993 y 11/1998, repitiendo el párrafo en el que se afirma que en el artículo 18.4 CE late un derecho fundamental autónomo. Pero nótese que en esta Sentencia el recurrente

pedía el amparo ante su vulneración del derecho a la intimidad, y que el fichero objeto de enjuiciamiento tenía desde luego un contenido que afectaba a la intimidad, pues contenía datos de salud. Consecuentemente, el Tribunal otorga el amparo por vulneración del “*derecho a la intimidad*”.

Finalmente, en el año 2000, a través de dos sentencias dictadas el mismo día de las que fue ponente el Magistrado Sr. González Campos, el TC resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la LORTAD (que había sido presentado nada menos que en Enero de 1993 por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento de Cataluña, el Defensor del Pueblo y un grupo de diputados del Grupo Popular) y contra la LOPD (interpuesto por el Defensor del Pueblo). Fueron respectivamente las SSTC 290/2000 y 292/2000, que reconocieron con toda claridad un derecho fundamental “*autónomo*” a la protección de datos, algo que como ya hemos visto, ya había apuntado la STC 254/1993 y otras posteriores.

En la Sentencia que se refiere a la LORTAD –la STC 290/2000–, el TC emplea por primera vez el término “*derecho fundamental a la protección de datos personales*”, y afirma que consiste básicamente en otorgar a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Para poder ejercer ambos, el derecho está integrado por un haz de facultades, entre los que está no sólo el derecho a conocer la existencia de tratamientos de datos, su finalidad y su responsable, a que se refería la STC 254/1993. El TC afirma ahora que el derecho a la protección de datos incluye “*los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos*”, es decir, por una parte muy significativa del propio Sentido de la LOPD. “*Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos*” (FJ 7). Más aún, se afirma que la LORTAD es una salvaguardia del “*derecho fundamental a la protección de datos personales*” frente a la informática, y no que precisamente ese derecho a la protección de datos sea la concreción de la salvaguardia del derecho a la intimidad o de cualquier otro reconocido en el texto constitucional frente a la informática. Por último, se expresa también que el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares “*públicos o privados*” de ficheros de datos personales, aclarando así una cuestión que hasta el momento no lo había sido de forma tajante, a tenor de lo visto. Sin embargo, se sigue manteniendo que, además de un derecho fundamental autónomo, el art. 18.4 CE contiene un mandato al legislador para “*proteger*” los datos de carácter personal frente a un tratamiento informático que pueda lesionar ciertos derechos

fundamentales de los ciudadanos o afectar al pleno ejercicio de sus derechos (FJ 11°). Por su parte, la STC 292/2000 empieza la parte fundamental de su argumentación apoyándose en su jurisprudencia anterior, esto es recordando que ya desde la STC 254/1993 se declaró que el art. 18.4 CE contenía un derecho fundamental autónomo, que se fue aquilatando en posteriores resoluciones. Después de distinguir brillantemente entre los conceptos de intimidad y de protección de datos, establece que el contenido del derecho fundamental incluye el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales.

Por su parte, la inclusión de preceptos sobre protección de datos en textos constitucionales sigue dos direcciones principales. En primer lugar, la aparición y desarrollo del “*habeas data*” latinoamericano. En la Constitución brasileña de 1988 se introdujo por primera vez la institución “*habeas data*”, que consistía en el reconocimiento de un procedimiento para ejercer un derecho de acceso y rectificación sobre los propios datos. Este derecho, o más bien el concepto tras él, ha pasado a otros textos constitucionales de la región, a causa del tradicional mimetismo constitucional en los países iberoamericanos⁷⁴¹. El constitucionalista brasileño Afonso Da Silva se atribuye a sí mismo la introducción del *nomen iuris* en el texto constitucional federal, al proponer en los trabajos preparatorios de la Constitución un anteproyecto que contenía la frase “*Conceder-se-á «habeas data» para proteger o direito à intimidade contra abusos de registros informáticos públicos e privados*”, frase que tras diversas modificaciones, enmiendas y adiciones ha acabado, notablemente ampliada, en el texto del actual art. 5°, LXXII de la Constitución⁷⁴². Aunque no parece que haya vinculación entre este desarrollo constitucional regional, y la “*Volkszählungsurteil*”, no hay que olvidar que los derechos de los afectados –acceso y rectificación– son la base y fundamento para el ejercicio del poder de disposición sobre los propios datos (como ha recordado el

⁷⁴¹ Según Palazzi, las primeras constituciones que después de Brasil incorporaron un “*habeas data*” fueron: Colombia: art. 15 de la Constitución de 6 de julio de 1991; Paraguay: art. 135 de la Constitución de 20 de junio de 1992; Perú: art. 200.3 de la Constitución de 1 de Julio de 1993; Venezuela: art. 60 de la Constitución de 30 de diciembre de 1999 (que contiene un párrafo idéntico al art. 18.4 CE); Ecuador: arts. 23.21 y 94 de la Constitución de 11 de Agosto de 1998; Argentina: art. 43 de la Constitución de 22 de agosto de 1994; así como en muchas de las Constituciones provinciales. Cfr. PALAZZI, P.A., *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002); también, PALAZZI, P.A. «Transmisión internacional de datos personales y protección de la Privacidad en América Latina», en REGISTRO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Catálogo de Ficheros 2001*, [CD-ROM], [Madrid], [2001], [«Publicaciones»].

⁷⁴² AFONSO DA SILVA, J., *Curso de Direito Constitucional Positivo* (São Paulo, Malheiros, 2005), p. 454, nota 70. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* [promulgada em 5 de outubro de 1988] [Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 [promulgada el 5 de octubre de 1988]].

TC en su jurisprudencia). Más clara es la influencia de la sentencia alemana de 1983 en el constitucionalismo de los países del Este de Europa, antiguamente bajo regímenes comunistas. Es notable aquí la Constitución de Polonia de 1997, que en su artículo 51, establece que nadie puede ser obligado, salvo en virtud de una disposición legal, a facilitar información sobre sí mismo. En el apartado 2 se establece que los poderes públicos no recogerán o harán pública información más que en la medida necesaria para un Estado democrático bajo el imperio de la ley. En los apartados 3 y 4 se reconocen los derechos de acceso, y de rectificación y oposición, respectivamente. Finalmente, la Constitución se remite a la ley para regular todos los aspectos del tratamiento de datos⁷⁴³.

Finalmente, llega la culminación de toda la evolución histórica de la protección de datos. En el emblemático año 2000, se introduce un detallado artículo regulador del derecho fundamental a la protección de datos en la CDFUE (art. 8), texto que debía figurar como declaración de derechos en la futura Constitución Europea. El artículo tiene tres apartados. En el primero, se proclama que *“toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”*, asumiendo que *“protección de datos”* tiene un significado suficientemente preciso y conocido. En el segundo se indican tanto unas características que debe tener el tratamiento de datos, a saber, lealtad (*“se tratarán de modo leal”*), concreción de la finalidad (*“para fines concretos”*) y legitimación (*“sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley”*), como dos facultades que se otorgan a los afectados, el derecho de acceso y el de rectificación (*“toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación”*). El tercer apartado establece que debe ser necesariamente una autoridad independiente quien se ocupe del control del respeto de estas normas (*“el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”*). Prueba del éxito del concepto de la protección de datos como derecho fundamental es que sin apenas discusión se decidió en la Convención que aprobó el CDFUE reconocer el derecho fundamental a la protección de datos, y para ello fue suficiente que otorgar un *“derecho a la protección de datos”*, sin necesidad de desarrollar y explicar su contenido⁷⁴⁴.

⁷⁴³ POLONIA. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskie* [Constitución de la República de Polonia]. *Dz. U.*, No. 78, pos. 483, Nos hemos basado en traducción inglesa de la página web del *Sejm* (Parlamento polaco) [en línea]. Disponible en <<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>> [Fecha de consulta: 25 de junio de 2014]. La Constitución fue adoptada por la Asamblea Nacional el 2 de abril de 1997, aprobada en un referéndum constitucional el 25 de mayo de 1997, y firmada por el Presidente de la República el 16 de julio 1997.

⁷⁴⁴ Las Explicaciones relativas al Proyecto de Carta emitidas por la Convención que redactó el texto, justifican con laconismo extremo la incorporación de este nuevo derecho en la existencia de la Directiva 95/46/CE, el artículo 8 del CEDH (que se refiere a la intimidad, cuando el art. 7 CDFUE es práctica

Recapitulando lo expuesto acerca de la constitucionalización de la protección de datos, tenemos que los fenómenos de constitucionalización formal son parciales, ya que suelen recogerse determinadas garantías específicas, y no el conjunto de normas del derecho de protección de datos, que no se “*elevan*” sin más a rango constitucional. Entre estas garantías concretas, predomina claramente el otorgamiento a los afectados de derechos sobre sus propios datos, sobre todo los de acceso y rectificación. Pero se ha ido imponiendo progresivamente con los años la tendencia a considerar que el derecho fundamental a la protección de datos consiste en el control sobre los propios datos, o dicho de otra forma, en el derecho a disponer de dichos datos conforme a la voluntad del afectado. Desde luego, este derecho genérico está pendiente de concreción, porque hay que determinar qué partes del conjunto de normas típicas de una ley de protección de datos tienen un carácter “*iusfundamental*”. Es decir, mientras que es evidente que el derecho de acceso o el de rectificación tienen virtualidad constitucional, no queda claro si otros apartados de las legislaciones de protección de datos (la obligación de adoptar medidas de seguridad, o de notificar el tratamiento a las autoridades reguladores, por ejemplo), tienen también ese carácter. La misma duda subsiste incluso cuando los preceptos constitucionales o los tribunales que los interpretan proclaman que existe un genérico derecho fundamental a la protección de datos personales.

En realidad, si se mira bien, el derecho fundamental a la protección de datos es, en un sentido, independiente de las leyes de protección de datos. Lo es en un sentido estricto, ya que puede darse un ordenamiento jurídico en que exista una ley de protección de datos y no un derecho fundamental a la protección de datos (por ejemplo Estados Unidos) y a la inversa (por ejemplo, Portugal o Hungría antes de la aprobación de sus leyes “*omnibus*”). Pero también lo son en cuanto al contenido: mientras una ley de protección de datos reglamenta la actividad informática (que afecta al tratamiento de datos personales) de forma completa como contenido esencial de su regulación, el derecho fundamental a la protección de datos trata de proteger a la persona para que pueda desarrollar libremente su personalidad, por lo que no se circunscribirá únicamente a los tratamientos automatizados, sino que proscribe todo mal uso de la información, sin más,

reproducción del mismo) y en el C-108, ratificado por todos los Estados miembros. Cfr. *Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta, en la versión que figura en el doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, CHARTE 4473/00, CONVENT49* [en línea] (11 de octubre de 2000). MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «Comentario al artículo 8», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.); GONZÁLEZ ALONSO, L. (coor.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Madrid, Fundación BBVA, 2008), 224-243, p. 227, dice que “*hubo temprano consenso sobre la conveniencia de incluir un derecho a la protección de datos, adaptado al nuevo contexto*”.

dotándose para ello de una “*indiscutida*” eficacia horizontal⁷⁴⁵. Al mismo tiempo es evidente que ambas formulaciones del derecho de protección de datos guardan una fuerte relación porque surgen de la misma fuente y se dirigen a una misma finalidad.

Queda comentar que la preeminencia del consentimiento y la voluntad del interesado acerca de sus propios datos, que se observa en los instrumentos normativos tanto legales como constitucionales más recientes (señaladamente el art. 8 CDFUE cuando afirma que el tratamiento de datos deberá realizarse “*sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley*”), deriva directamente de la “*Volkkszählungsurteil*”. De este modo, el consentimiento, que ni siquiera aparece mencionado en las tres primeras leyes europeas de protección de datos (Hesse, Suecia y Renania-Palatinado), ni en los dos instrumentos internacionales de cooperación de los años 80 (C-108 y DOCDE), y que tenía un papel muy secundario en otras leyes del periodo (*Privacy Act*, Ley federal alemana y austriaca) pasa a ser el concepto central de la protección de datos. En virtud de la propia dinámica interna de este sector del ordenamiento, el principio de autonomía o libre determinación de la personalidad, que ya formaba parte de la protección de datos desde sus orígenes, parece imponerse al principio del tratamiento o uso correcto de los datos.

⁷⁴⁵ {10802} DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales* (Madrid, Thompson-Aranzadi, 2003), p. 279.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El derecho de protección de datos consiste en la vigencia de restricciones jurídicas al tratamiento de datos personales, bajo el modelo de la autonomía o autodeterminación del individuo.

El derecho de protección de datos personales se caracteriza por tres notas imprescindibles: vigencia de normas jurídicas relativas al tratamiento de datos personales; que el contenido de esas normas sea el establecimiento de restricciones al tratamiento, que deben incluir un cierto derecho de disposición sobre los propios datos personales; finalmente, que la finalidad de las normas sea proteger a la persona, en el sentido más amplio posible, pero permitiendo o facilitando el derecho a su autonomía o autodeterminación.

Conforme a ellas, una definición de derecho de protección de datos sería la siguiente: *“conjunto de normas jurídicas que regulan los tratamientos de datos personales, estableciendo restricciones a los mismos con objeto de proteger a la persona y sus derechos, especialmente su intimidad personal y familiar, y otorgando a cada individuo, en alguna medida, un derecho de disposición sobre sus propios datos tendente a garantizar su autodeterminación”*.

Una versión “completa” del derecho a la protección de datos, como la que impera en los países miembros del EEE, contiene diez características: vigencia de una norma “omnibus”; principio de legitimación del tratamiento; principio de calidad de datos con sus manifestaciones de exactitud, finalidad y pertinencia o proporcionalidad; principio de transparencia o información; obligación de implantar medidas de seguridad y respetar el deber de secreto; el reconocimiento de los derechos de los afectados; la prohibición de decisiones automatizadas; existencia de restricciones a la libre transferencia de datos a terceros países; aseguramiento de la eficacia real de las garantías o derechos a través de sanciones e indemnizaciones; y existencia de una autoridad supervisora independiente.

Dado que el derecho de protección de datos consiste en un conjunto de normas armónicamente integradas y dirigidas a un fin, deben darse, al menos, varias de estas características para que se pueda hablar de un genuino derecho de protección de datos, y siempre que la finalidad o “ratio” de las correspondientes normas sea el aseguramiento de la autonomía del individuo, es decir, no tutelándole de forma paternalista contra su voluntad. Esto no excluye que el principio del uso correcto de los datos siga vigente en las actuales normas de protección de datos.

No obstante, a efectos conceptuales, debe aclararse que el derecho de protección de datos personales tiene dos formas diferentes de manifestarse: la primera son las

leyes de protección de datos personales, que son de carácter preventivo y regulan con carácter general el conjunto de la actividad informática que afecta al tratamiento de datos personales; y la segunda es el derecho fundamental a la protección de datos personales, que trata de proteger a la persona contra el mal uso o abuso de los datos y le otorga un poder de disposición sobre sus propios datos.

SEGUNDA.- El derecho de protección de datos personales ha surgido después de un cambio jurídico radical acaecido en esta materia en los últimos dos siglos y medio.

Asumiendo que algún tipo de tratamiento de datos personales se ha producido siempre en todas las sociedades occidentales desde la antigüedad greco-latina, el hecho cierto es que se ha producido un cambio radical en la respuesta jurídica al tratamiento de información personal en los últimos dos siglos y medio. La situación hacia 1750, que podemos considerar un seguro punto de partida en esta materia (dado que las normas jurídicas sufren un proceso típico de arrastre a lo largo de los siglos) es la siguiente: en primer lugar, la ausencia de prácticamente cualquier norma relativa al tratamiento de datos personales, y sobre todo de aquellas que prohibieran, impidieran o dificultaran en ningún sentido la realización de los tratamientos de datos; en segundo lugar, las pocas normas jurídicas aisladas que establecen estas restricciones no tienen como fundamento la protección de la personalidad del individuo ni la defensa de su autonomía. Pero probablemente ello no se debe tanto a la inexistencia de tecnologías con funcionalidades semejantes a las que proporcionan los ordenadores, como a la ausencia de un sustrato de defensa de la personalidad y de autodeterminación del individuo, tal y como ambos conceptos se entienden hoy, como valores personal y socialmente dignos de estima y merecedores de protección jurídica.

Sin necesidad de remontarse más atrás, los grandes tratamientos de datos de la Modernidad operan sobre bases exactamente contrarias a los que respaldan hoy nuestras normas de protección de datos. Diversos ejemplos ilustran la inmensa diferencia de la situación de los siglos anteriores con la de nuestro tiempo actual.

Hay, sin embargo, una institución jurídica protectora de la personalidad que ha existido en el mundo occidental desde al menos los tiempos de la República romana: las acciones de protección del honor y contra la difamación. Con una larguísima trayectoria histórica, en los tiempos de la codificación y hasta prácticamente la aparición de la preocupación jurídica por la intimidad en la segunda parte del siglo XX, la protección del honor era principalmente penal, y muy diferente según los países, basculando entre dos extremos en un par de puntos clave: admisibilidad de la exoneración de la responsabilidad en caso de que lo afirmado fuera verdad, y la necesidad de un mayor o menor grado de difusión de

la información. Pero en todo caso, la protección se otorgaba únicamente contra la difusión de información desfavorable, negativa, injuriosa o denigratoria, no de información favorable o neutra desde el punto de vista valorativo. Hay aquí una primera indicación de que el tratamiento de información personal debe realizarse conforme a un estándar de “*uso correcto*”.

TERCERA.- A partir de la Ilustración y las Revoluciones liberales se va modificando el sentido de las instituciones jurídicas relativas al tratamiento de datos en una dirección más favorable a la autonomía del individuo.

A partir de fines del siglo XVIII comienzan a aparecer normas jurídicas que “*prefiguran*” aspectos parciales de la protección de datos (pues la protección de datos es un conjunto integrado), pero son escasas, fragmentarias, limitadas en su alcance, y sobre todo tardías. En todo caso, todavía no forman parte de una dirección o corriente general. Comienzan en la parte final del siglo XVIII, en el ambiente ideológico de la Ilustración, en dos frentes principales: el secreto de las comunicaciones, y los derechos morales de autor. La protección de la personalidad del individuo es indudablemente un fundamento –aunque quizá no el único– de los desarrollos jurídicos que tienden a proteger tanto la confidencialidad de la correspondencia postal (y luego de las comunicaciones eléctricas, esto es, telégrafo y teléfono) como el derecho de los autores a decidir si debía darse difusión a su obra, y en caso favorable, en qué medida, cómo, cuándo y por quien. Al menos, esta fundamentación es indudable a raíz de la Revolución Francesa y el constitucionalismo posterior. Significativamente, la jurisprudencia decimonónica inglesa y americana vincula estos dos elementos, como algo que se basa en la personalidad inviolable del individuo, y esta corriente jurisprudencial se apoyarán Warren y Brandeis para afirmar que el *Common Law* protege a la persona, no sólo en su propiedad, sino también en aquellos aspectos que implican el más estimado de todos los derechos por la gente civilizada: el derecho a ser dejado en paz. Luego está el notable caso de la confidencialidad del censo norteamericano, cuyas normas se referían a tratamientos de datos masivos y que desde mediados del siglo, aproximadamente, fue evolucionando con un fundamento inequívoco de protección de la intimidad (aunque todavía no se utilizara esta palabra). También puede señalarse el rechazo a la manifestación forzosa de creencias religiosas, que se manifiesta de distintas formas, y que encuentra protección jurídica, por ejemplo, en la *Paulskirchenverfassung* de 1849.

CUARTA.- El derecho a la intimidad aparece a finales del siglo XIX simultáneamente en Estados Unidos y Europa, después de una preparación de varias décadas.

El derecho a la intimidad, “*referente ineludible*” de la protección de datos, no aparece hasta finales del siglo XIX. Mientras que la intimidad es un fenómeno propio de la Modernidad que va fortaleciéndose como valor al alza a lo largo del transcurso de la Edad Moderna, el reconocimiento legal de este valor es mucho más tardío. A lo largo del siglo XIX hay una demanda creciente de protección jurídica de la intimidad, que se manifiesta en multitud de detalles. El paso esencial de este reconocimiento es el artículo de Warren y Brandeis, *The Right to Privacy*, de 1890, cuyas ideas tuvieron un notable éxito en los Estados Unidos. Pero de forma paralela, en Europa se llega a parecidas conclusiones, bajo el concepto jurídico de los “*derechos de la personalidad*”, recurriendo en ocasiones a la nueva protección legal de la propiedad intelectual. A partir de este avance, la protección de datos ya es posible. Sin lugar a dudas, la intimidad es el componente más importante de la protección de datos, o en otras palabras, lo que protege en primer lugar este sector del ordenamiento es la intimidad y después, todos los demás derechos de la persona. Dicho de otro modo más: aunque la protección de datos tenga seguramente que ver con muchas cosas diferentes, con lo que guarda una relación más estrecha es con la intimidad. En cierto sentido, la protección de datos es una parte más final y más avanzada de la preocupación por la intimidad.

QUINTA.- La cuestión de la intimidad cobra gran importancia en la segunda posguerra mundial y sufre unas transformaciones decisivas.

Después de la Segunda Guerra Mundial se producen varias transformaciones de enorme importancia. En primer lugar, al menos en Europa continental y su área de influencia, los derechos fundamentales comienzan a asumir como propios buena parte de los antiguos derechos de la personalidad, que se desplazan desde el ámbito del derecho civil al del derecho constitucional. Poco después, en los años 60 se produce una auténtica explosión en la preocupación por la intimidad en los países avanzados, que se convierte en uno de los asuntos jurídicos de mayor importancia de la posguerra. Durante este periodo de exacerbado interés por el tema, el propio concepto de intimidad se transforma, de modo que pasa a proteger no sólo la información de aquellos aspectos propios de la esfera interior más cercana al núcleo de la personalidad, sino cualquier información que el afectado quiera proteger, en una formulación que se ha venido a llamar “*autodeterminación informativa*”. Al mismo tiempo, se produce una conexión entre los significados informacionales y decisorios del concepto de intimidad, en pleno territorio ya del derecho constitucional, de modo que llegan a confundirse los conceptos de intimidad y libertad. Una consecuencia colateral de estas transformaciones es que la intimidad ha llegado a ser un concepto vago, confuso, múltiple y problemático del que todo el mundo habla, pero respecto al que nadie parece tener una idea muy clara de lo que es.

SEXTA.- En un contexto de preocupación por las consecuencias negativas de los ordenadores en los años 60, hay varios factores diferentes que hacen surgir el derecho de la protección de datos

La preocupación de la opinión pública acerca de las consecuencias del uso de los ordenadores sobre los derechos de la persona se extiende por los países occidentales con impresionante rapidez en los años 60. El “*miedo al ordenador*” es el contexto fundamental en el que surge el derecho de protección de datos. La primera manifestación de este tipo especial de sentimiento puede ser datada, con relativa exactitud, en abril de año 1961. Antes de esta fecha no existe ninguna preocupación en la opinión pública ni en el mundo académico. El mismo contexto aunque referido a distintas amenazas tecnológicas o actividades públicas o privadas que implican tratamientos de datos, ha permanecido inalterado en esencia durante más de cuarenta años, y se mantiene hasta hoy en amplias capas de la opinión pública y en buena parte de la doctrina jurídica. Esta preocupación por los peligros de la informática –una percepción, a fin de cuentas– es la argamasa que logra unir una pluralidad de elementos dispares en un concepto unificado, que es lo que hoy conocemos con la protección de datos. Debe diferenciarse, de todas formas, este aglutinador genérico, que es “*el miedo al ordenador*”, con los detonantes de la aparición de la protección de datos, que son cinco circunstancias específicas acaecidas en la segunda mitad de los años 60 y los primeros 70: la intención de varios gobiernos de los países desarrollados de centralizar los tratamientos de datos del sector público, los proyectos gubernamentales de crear un número único de identificación, el rechazo a la realización de censos periódicos, la literatura alarmista, y el problema de la seguridad informática. Hay, en cualquier caso, un más que significativo paralelismo en la situación de varios países.

En líneas muy generales, puede indicarse que hay varios factores principales que han conducido a la aparición de la protección de datos: la preocupación jurídica por la intimidad, a la que ya nos hemos referido, y el impacto social producido por la aparición de los ordenadores. En Europa continental además, está el recuerdo (y por descontado, activo rechazo) de las atrocidades cometidas por los totalitarismos, especialmente el nacionalsocialista, en los años 30 y 40 del siglo XX, que se aprovecharon de todo tipo de información personal, para llevar a cabo la persecución y exterminio de determinados colectivos de personas. Algunos otros factores se consideran detonantes o catalizadores que llevan a la aprobación de las primeras leyes de protección de datos.

SÉPTIMA.- Las leyes de protección de datos son un tipo jurídico muy concreto de normas jurídicas, cuyo primer ejemplo es la *Datenschutzgesetz* de Hesse de 1970.

Sólo ocho años después de la primera manifestación del miedo a los ordenadores, aparece la primera ley de protección de datos, la *Datenschutzgesetz* de Hesse, lo que muestra la enorme fuerza que llegó a tener el movimiento que conducía hacia la “era de la protección de datos”. No ha existido ninguna norma de esta naturaleza en el periodo entre el final de la década de 1940, cuando se puede entender “inventado” el ordenador, y el año 1970. Pero antes de la era de la informática tampoco existió ninguna norma de protección de datos en sentido amplio, es decir, que cumpliera los tres requisitos que hemos fijado al comienzo de la investigación como criterios para poder concluir la existencia de este tipo de normas.

OCTAVA.- El primer grupo de leyes de protección de datos, hasta 1978 define el contenido fundamental del derecho de protección de datos

Los diez elementos constitutivos del concepto de protección de datos que hemos señalado arriba aparecen en la media docena de leyes de protección de datos aprobadas hasta finales de los años 70. No todos se encuentran en cada una de estas leyes, pero todos y cada uno de ellos pueden hallarse en el conjunto de leyes aprobadas hasta 1978, inclusive. El hecho cierto es que, a finales de la década, el modelo europeo de protección de datos se encuentra plenamente consolidado, y se repetirá prácticamente como un cliché en los primeros instrumentos internacionales aprobados a comienzos de los años 80 (C-108 y DOCDE) y en el resto de leyes de protección de datos aprobadas hasta hoy.

NOVENA.- A partir de 1976 se produce una primera constitucionalización del derecho de protección de datos.

Los textos constitucionales de Portugal (1976), Austria (1978) España (1978), el *Land* de Renania del Norte-Westfalia (1978), Canadá (1982) y Países Bajos (1983) marcan una primera constitucionalización del derecho de protección de datos. Se trata de un grupo de casos un tanto dispares, que merecen una valoración desigual, ya que las potestades jurídicas y normas constitucionalizadas son en algunos casos muy limitadas. Pero resulta sumamente interesante que, en al menos dos países de ese periodo histórico, Renania del Norte-Westfalia y Austria, lo que se constitucionaliza es, simplemente, “el derecho a la protección de datos personales”, sin que, en el primer caso al menos, se entienda necesario explicar en qué consiste tal derecho. La naturalidad con que se realizan estas primeras formulaciones da a entender, en primer lugar, lo consolidado que se encontraba ya

el derecho de protección de datos. Y en segundo lugar, debido a su propia dinámica interna y fundamento, lo cerca que estaban este conjunto de normas de ser normas iusfundamentales.

DÉCIMA.- La sentencia alemana de la Ley del Censo (“*Volkszählungsurteil*”) es un hito fundamental en el desarrollo del derecho de protección de datos, al dar preeminencia al principio de la autonomía del individuo.

Esta sentencia, dictada en 1983 en un ambiente de protesta social contra la realización de un censo de población de 1982 es decisiva en la configuración actual del derecho de protección de datos. Su importancia radica en varios aspectos. En primer lugar, populariza, aunque no crea, el término “*derecho a la autodeterminación informativa*” (“*Recht auf Informationelle Selbstbestimmung*”), que a menudo se utiliza de forma intercambiable con “*derecho de protección de datos personales*”. En segundo lugar, establece con rotundidad, que en nuestra sociedad tecnológicamente avanzada, la persona no puede desarrollarse libremente si el tratamiento de datos personales no está rodeado de las adecuadas garantías. En este sentido, la sentencia es casi una consecuencia inevitable, plena de coherencia, de los principios esenciales de la protección de datos. En tercer lugar, introduce a la protección de datos en el entorno del constitucionalismo contemporáneo, al “*descubrir*” un derecho fundamental sin apoyo textual alguno en la Constitución, pero derivado de los conceptos esenciales del libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del individuo. Finalmente, da preeminencia al aspecto de la autonomía o autodeterminación del individuo, de forma coincidente con los planteamientos anglosajones de la “*intimidad informativa*”, al establecer que en éste debe residir la potestad de decidir por sí mismo qué información relativa a su persona puede ser conocida por terceros, cuándo, cómo y para qué finalidad. La sentencia ha sido inmensamente influyente en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, el nuestro.

DECIMOPRIMERA.- La protección de datos tiene un doble fundamento entreverado en sus normas positivas: el procesamiento “*correcto*” de datos y la autodeterminación del individuo

El estudio de todos los desarrollos jurídicos de protección de datos acaecidos en el marco cronológico fijado lleva a la conclusión de que el derecho de protección de datos tiene un doble fundamento: la autodeterminación del individuo y el tratamiento “*correcto*” de datos personales. Ambos se encuentran entrelazados, en mayor o menor medida, en los diversos ordenamientos jurídicos. Así, la actual prevalencia del consentimiento como principio legitimador del tratamiento tiene que ver con el primer fundamento. Pero ni el consentimiento sirve para explicar todas las instituciones del actual derecho de protección de datos, ni prevalece

siempre y en toda circunstancia. Respecto al segundo elemento, el término “*correcto*” se traduce en los principios de la protección de datos, que se encuentran consolidados como estándar mínimo exigible en todos los sistemas jurídicos de protección de datos. Es previsible, en todo caso, que el principio de autonomía gane cada vez mayor peso en la protección de datos del futuro.

DECIMOSEGUNDA.- La protección de datos protege una diversidad de intereses

Gracias al análisis jurídico-histórico realizado, nos hallamos en disposición de confirmar que la protección de datos protege la intimidad de las personas, pero también otros bienes y derechos dignos de protección, como otros derechos de la personalidad vecinos a la intimidad, como el honor y la propia imagen (si es que ésta no está incluida en el concepto jurídico de intimidad); la libertad personal para tomar las propias decisiones (que entendemos de forma separada al derecho a la intimidad, determinadas concepciones la incluyan dentro de aquella como “*intimidad decisional*”); la igualdad y la prohibición de discriminación; las libertades políticas, de participación ciudadana en una democracia, y el equilibrio constitucional de poderes en un estado democrático; la interdicción de arbitrariedad y el respeto al debido proceso; la seguridad personal y colectiva; y finalmente otros derechos fundamentales cuyo ejercicio pleno pueda verse menoscabado por un tratamiento de datos personales, empezando por el derecho a la libertad religiosa. Pero desde luego, el principal de todos estos intereses es el derecho a la intimidad.

Estos distintos intereses deben tenerse en cuenta por el intérprete, que cumpliendo el mandato legal (art. 3 CC) quiera atender al “*espíritu y finalidad*” de las normas que tiene que interpretar.

DECIMOTERCERA.- La rapidez con que se ha producido en nacimiento y consolidación del derecho a la protección de datos personales indica su elevado grado de cohesión interna, sin perjuicio de otras causas externas

Es reseñable la impresionante rapidez de este desarrollo jurídico, ya que en apenas ocho o nueve años, un conjunto normativo completamente nuevo se encontraba plenamente asentado en varios países diferentes. Y también, la extraordinaria cohesión interna del concepto de protección de datos, como si desde antes de nacer ya estuvieran sus líneas básicas completamente prefijadas. La rapidez y la uniformidad con que se extiende este nuevo concepto jurídico son radicalmente distintos de los modos tradicionales de expansión de las normas jurídicas en ordenamientos jurídicos distintos (“*recepción*”), y tienen que ver probablemente con los modos de relación y transvase de información e ideas entre de los

ordenamientos jurídicos en nuestra época contemporánea. Pero seguramente también derivan de una unidad sustancial en los planteamientos de la doctrina jurídica en diversos países, nutrida por unos mismos valores aceptados socialmente. En este sentido, la protección de datos es un “*principio*”, en el sentido de Joseph Esser, es decir, una directriz superior no escrita que actúa de forma efectivamente detrás de las manifestaciones jurídicas concretas, ya sean legislativas o jurisprudenciales, el “*derecho detrás del derecho*”, y que lleva a que ordenamientos jurídicos distintos den una misma respuesta a los mismos problemas, con una sorprendente semejanza. Pero también hay otras explicaciones de la rápida y uniforme expansión del derecho de protección de datos, específicas de esta parte del ordenamiento jurídico: la presencia de redes de expertos de protección de datos y la globalización económica y el tráfico comercial entre países, amenazados por la prohibición de las transferencias internacionales de datos a países sin un nivel adecuado de protección de datos.

DECIMOCUARTA.- Las normas de protección de datos han tenido desde su origen un cierto carácter *iusfundamental*, por lo que es dudoso que se pueda hablar de “*constitucionalización*” del derecho de protección de datos.

Resulta dudoso que se pueda plantear un esquema lógico y temporal sucesivo con dos fases claramente diferenciadas consistentes en la aparición de la normativa de protección de datos y su “*constitucionalización*” posterior. En primer lugar, el marco cronológico apenas permite hablar en estos términos, ya que los primeros ejemplos de constitucionalización del derecho de protección de datos –Portugal en 1976, España en 1978 y Austria en 1978– se producen cuando todavía se estaba definiendo el contenido material de lo que entendemos hoy protección de datos. Pero, al mismo tiempo se hace difícil hablar de un proceso de “*constitucionalización*” de la protección de datos, porque ésta siempre ha tenido un cierto carácter *iusfundamental*, aunque sus normas no formaran parte de la constitución formal, o mejor dicho, aunque los textos constitucionales no tuvieran ninguna referencia a la cuestión de la información personal.

En efecto, la protección de datos personales siempre ha tenido, desde sus primeras manifestaciones, y aunque sea de forma incompleta o limitada, una dimensión relativa al control del individuo sobre sus propios datos, lo que supone una expresión de su derecho a la autodeterminación personal (muy próxima a la del derecho a la intimidad), que entronca con la raíz del constitucionalismo contemporáneo. Por otro lado, el carácter “*omnibus*” de las normas de protección de datos, en los países donde se da, lleva necesariamente a la preeminencia de las normas de protección de datos sobre las demás, y a la necesidad de ponderación entre bienes e intereses dignos de protección –técnica característica del

constitucionalismo actual—, para decidir excepciones la aplicación de las normas de protección de datos.

No queremos decir, por supuesto, que el reconocimiento de la protección de datos como derecho fundamental, no tenga ningún efecto jurídico. Pero el contenido material de los sistemas jurídicos de protección de datos, en sus aplicaciones prácticas, apenas si se ha visto afectado por el hecho de que la protección. Nótese que el planteamiento de reconocer el carácter constitucional al derecho de protección de datos, con independencia del tenor literal de los textos formalmente constitucionales, se ha impuesto de forma generalizada, a partir de la “*Volkszählungsurteil*”.

DECIMOQUINTA.- La pluralidad es la clave para comprender el derecho de protección de datos.

No se puede discutir, creemos, la concepción inevitablemente pluralista del concepto de la protección de datos. Ésta es la amalgama de elementos muy diversos, uno de los cuales, el principal si se quiere pero no el único, es el derecho a la intimidad. Estos elementos tampoco tienen la misma antigüedad, ya que los hay muy antiguos y extremadamente recientes. Tampoco tienen todos la misma importancia.

En definitiva, la protección de datos es un instrumento jurídico de defensa de una multiplicidad de intereses diferentes. Se trata de una respuesta moderna a la necesidad de protección de una pluralidad de bienes jurídicos diversos que experimenta el hombre contemporáneo. Con el adjetivo “*moderna*” nos referimos al tipo de técnicas diseñadas para hacer frente a la amenaza de la nueva tecnología informática. Y respecto a la pluralidad de intereses, hay que decir que algunos vienen arrastrándose desde la Antigüedad clásica, como la protección del honor, y otros en cambio son completamente novedosos, como el sentimiento de desarraigo y desamparo ante el mundo informatizado que puede experimentar cualquiera de nuestros conciudadanos, y que ha llevado a la prohibición a las decisiones tomadas de forma automatizada, que pueden traer un detrimento del debido proceso, y a la postre, de la dignidad de la persona. Y sobre todo, algunos de estos intereses, pero no todos, tocan la parte más profunda, esencial y valiosa de la persona (que tampoco es la misma ahora que hace siglos), y esto explica el que la protección de datos tenga la elevada consideración e importancia, en términos jurídicos, que venos cotidianamente. Debe tenerse en cuenta que cuando se aplican las normas de protección de datos se puede estar defendiendo a la vez el principio del uso correcto de los datos, o bien la intimidad y el principio de autonomía del individuo (que pueden tener fundamentos radicalmente contrarios). En toda esta pluralidad

está la clave, a nuestro juicio, para entender el concepto actual de la protección de datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática, Citema, Madrid, 1971.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Erster Theil, Berlin, 1794.

Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Viertel Theil, Berlin, 1794.

«An Actionable Right of Privacy?: Roberson v. Rochester Folding Box Co.» *The Yale Law Journal*, Nov., 1902, Vol. 12, No. 1, p. 35-38.

Automation and Technological Change: Hearings before the Subcommittee on economic stabilization of the Joint Committee on the economic report. Congress of the United States. Eighty-fourth Congress, First Session. Pursuant to Sec. 5 (a) of Public Law 304 79th Congress., United States Government Printing Office., Washington, 1955, October 14, 15, 17, 18, 24, 25, 26, 27 and 28 1955.

Banques de données entreprises - vie privée: actes du colloque organisé les 25 et 26 septembre 1980 à Namur/Interdisciplinair Trefpunt Ondernemingen-Administraties-Universiteiten, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Créadif, Brussels, 1980, ISBN: 2-8022-0031-3.

Bienes de la personalidad: XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Salamanca, 2007, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, ISBN 978-84-8371-814-8.

Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde el 24 de febrero de 1813 hasta el 14 de septiembre del mismo año en que terminaron sus sesiones, Tomo IV, Imprenta Nacional, Cádiz, 1813.

Cuerpo del Derecho Civil Romano (Traducción de Ildefonso L. García del Corral), Tomo 1º, Jaime Molinas, Barcelona, 1889.

«Editor's Easy Chair», *Harper's New Monthly Magazine*, December 1885-May, 1886) Vol LXXII, p. 474-475.

El Sacrosanto y Ecuménico Concilio de Trento: Traducido al idioma castellano por Ignacio López de Ayala; con el texto latino corregido según la edición publicada en 1564, Imprenta de Ramón Martín Indar, Barcelona, 1847.

Informática. Leyes de protección de datos, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, Documentación informática, nº 2: Legislación, ISBN: 84-500-2271-1.

- Informática. Leyes de protección de datos* (II), Presidencia del Gobierno, Servicio Central de Publicaciones, Servicio Central de Informática, Madrid, 1983, Documentación informática. Serie verde. Legislación, 3, ISBN: 84-7471-057-X.
- Informática. Leyes de protección de datos* (III) (Nota preliminar, selección y versión española de Manuel Heredero Higuera), Dirección General de Organización, Puestos de Trabajo e Informática, Madrid, 1988, Documentación informática. Serie verde. Legislación, N° 4.
- Les Cinq Codes: Napoléon, De Procédure Civile, De Commerce, D'Instruction criminelle, et Pénal* (Soignée par T.D.), Richomme, Paris, 1811
- Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Lifante*, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, Volumen I, ISSN: 1889-7118.
- «Mechanical Brains: Working in Metal Boxes, computing devices aim guns and Bombs with inhuman accuracy», *Life*, January 24, 1944, p. 66-67.
- Novísima Recopilación de las leyes de España, mandada formar por el Sr. Don Carlos IV*, Tomo Segundo, Libros III, IV y V, Madrid, 1805.
- Novísima Recopilación de las leyes de España, mandada formar por el Sr. Don Carlos IV*, Tomo Cuarto, Libros VIII y IX, Madrid, 1805.
- «Número de identificación personal» en *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, Citema, Madrid, 1971, p. 383-387.
- Restatement of the Law of Torts: As Adopted by the American Law Institute*, Volume IV, American Law Institute, St. Paul, Minn., 1939.
- Restatement of the Law, Second, Torts 2d.: As adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C.*, Vol. 3, Rev. & enl., American Law Institute Publishers, St. Paul, Minn, 1977.
- Sobre Estados Unidos: La Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas*, (Introducción y las notas explicativas a cargo de J.W. PELTASON. Traducción: Ángel Carlos González Ruiz) [En línea], Departamento de Estado de los Estados Unidos, [Washington], 2004 [Fecha de consulta: 15 de abril de 2015]. Disponible en <http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/constitution_sp.pdf>.
- «The Defense of Privacy» *The Spectator*, February 7, 1891, Vol. 66, p. 200.
- The Law Times: Journal and Record of the Law and Lawyers*, Volume XLVIII, From November 1869 to April 1870, London, January 8th, 1870.

- «The Right To Be Let Alone» *The Atlantic Monthly*, 1891, Vol. 67, p. 428-429.
- «Worldwide PC use to reach 1 billion by 2008: report» *CBC News, Technology & Science*, 12 de junio de 2007 [en línea], [Página web] [en línea], 12 de junio de 2007 [Fecha de consulta: 24 de marzo de 2014]., Disponible en <<http://www.cbc.ca/news/technology/worldwide-pc-use-to-reach-1-billion-by-2008-report-1.666962>>.
- ABRAMS, Howard B., «The Historical Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright» *Wayne Law Review*, 1985, Vol 29, 3, p. 1119 y s., ISSN 0043-1621.
- AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª edição revista e atualizada, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, ISBN 85-7420-686-5.
- AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El Consejo de Europa y la protección de datos personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1997.
- AGRE, Philip E., «Beyond the mirror world: Privacy and the representational practices of computing» en AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.) *Technology and Privacy*, MIT Press, Cambridge, MA, 1998, ISBN 9780262511018, p. 29-61.
- AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.) *Technology and Privacy*, MIT Press, Cambridge, MA, 1998, ISBN 9780262511018.
- ALBRECHT, Katherine; MCINTYRE, Liz, *Spychips: How major corporations and government plan to track your every move with RFID*, Nelson Current, Nashville, Tenn, [2005].
- ALDERMAN, Ellen; KENNEDY, Caroline, *The Right to Privacy*, 2ª ed., Vintage Books, New York, 1997, ISBN: 0-679-41986-1.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel, *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997.
- ALEXY, Robert (Traducción de E. Garzón Valdés) *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALONSO GARCÍA, Enrique (Prólogo de Francisco Rubio Llorente), *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, “Estudios constitucionales”), ISBN: 84-259-0710-1.
- «La jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, Nº. 1, p. 173-209.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, *El derecho a la intimidad personal, la libre difusión de la información y el control del Estado sobre los bancos de datos*,

- en DAVARA, Miguel Angel, *Encuentros sobre Informática y Derecho: 1990-1991*, Aranzadi, Pamplona, 1992, ISBN: 84-7016-742-1 , p. 183-191.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1992, ISBN: 84-309-2239-3.
- ALY, Götz; ROTH, Karl Heinz, *Die restlose Erfassung: Volkszählen, Identifizieren, Aussondern im Nationalsozialismus*, Überarb. Neuausg. Aufgabe, Fischer-Taschenbuch, Frankfurt am Main, 2000, ISBN: 3-596-14767-0.
- ALY, Götz; ROTH, Karl Heinz, *Die restlose Erfassung: Volkszählen, Identifizieren, Aussondern im Nationalsozialismus*, Rotbuch-Verlag, Berlin, 1984, ISBN: 3-88022-282- .
- ALY, Götz; ROTH, Karl Heinz (Translated and with a foreword by Edwin Black. With additional translation by Assenka Oksiloff) *The Nazi census: Identification and control in the Third Reich*, Temple University Press, Philadelphia, 2004, ISBN: 1-59213-259-Sobre la 2ª edición alemana.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, ISBN: 84-85589-00-9.
- AMAR, Akhil Reed, «Fourth Amendment First Principles» *Harvard Law Review*, 1994, Vol. 107, p. 757-819.
- AMAT LLARI, Eulalia, *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, 1ª, La Ley-Actualidad, Madrid, 1992.
- AMELUNG, Ulrich, *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung über personenbezogene Informationen im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 97 ISBN: 3-16-147784-7.
- ANDERSON, Margo J., *The American Census: A Social History*, Yale University Press, New Haven, 1988, ISBN: 0-300-04014-8.
- ARAGÓN, Manuel, «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Mayo-Agosto 1986, Año 6. Núm. 17, p. 85-136.
- ARAGÓN REYES, Manuel; DE CABO MARTÍN, Carlos; DE ESTEBAN ALONSO, Jorge; GARRORENA MORALES, Ángel; LÓPEZ GUERRA, Luis; MOLAS BATLLORI, Isidre, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 1998, Nº 1, p. 15-61.

ARAGÓN REYES, Manuel; DíEZ-PICAZO, Luis María; FERNÁNDEZ MIRANDA, Alfonso; GARRORENA MORALES, Ángel; LÓPEZ GUERRA, Luis, «Encuesta: orientación actual del derecho constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 2008, Núm. 21, p. 17-70.

ARENAS RAMIRO, Mónica, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch/Agencia Española de Protección de datos, Valencia, 2006, ISBN: 84-8456-648-X.

ARES, Philippe; DUBY, Georges (dir.) (Traducción de Francisco Pérez Gutiérrez) *Historia de la vida privada*, Vol. 2: De la Europa feudal al Renacimiento, Taurus, Madrid, 1988, ISBN: 84-306-9771-3.

(Traducción de Francisco Pérez Gutiérrez), *Historia de la vida privada*, Vol. 3: Del Renacimiento a la Ilustración, Taurus, Madrid, 1989, ISBN 84-306-9772-1.

(Traducción de Francisco Pérez Gutiérrez) *Historia de la vida privada*, Vol. 4: De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial, Taurus, Madrid, 1989, ISBN 84-306-9773-X.

(Traducción de Francisco Pérez Gutiérrez) *Historia de la vida privada [Obra completa]*, Taurus, Madrid, 1987, SBN: 84-306-9951-1.

ARTICLE 29 WORKING PARTY ON DATA PROTECTION, *Eleventh Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy in the European Union and in third countries. Covering the year 2007* Adopted on 24 June 2008, European Communities, [Brussels], 2008.

Twelfth Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy in the European Union and in third countries. Covering the year 2008. Adopted on 16 June 2009, European Communities, [Brussels], 2009.

Thirteenth Annual Report on the situation regarding the protection of individuals with regard to the processing of personal data and privacy in the European Union and in third countries, covering the year 2009. Adopted on 14 July 2010, European Communities, [Brussels], 2010.

Fourteenth Report of the Article 29 Working Party on Data Protection. Covering the year 2010. Adopted on 08 December 2011, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013, ISBN 978-92-79-29769-4.

Fifteenth Report of the Article 29 Working Party on Data Protection. Covering the year 2011. Adopted on 3.12.2013, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, ISBN 978-92-79-38255-0.

Sixteenth Report of the Article 29 Working Party on Data Protection. Covering the year 2012 Adopted on 25 November 2014, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, ISBN 978-92-79-44096-0.

ASIMOV, Isaac, «The Life and Times of MULTIVAC», *New York Times*, 5 January 1975.

ASPRAY, William (ed.) (Contributors: W. Aspray, A. G. Bromley, M. Campbell-Kelly, P E. Ceruzzi, M. R. William) *Computing before Computers*, Iowa State University Press, Ames, Iowa, 1990, ISBN: 0-8138-0047-1.

AUSTRIAN, Geoffrey D., *Herman Hollerith: Forgotten Giant of Information Processing*, Columbia University Press, New York, 1982, ISBN: 0-231-05146-8.

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José, *El secreto bancario*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

AZCÁRATE LUJÁN, Blanca; ALZAGA VILLAMIL, Oscar; ARAGÓN REYES, Manuel; DE CABO MARTÍN, Carlos; CRUZ VILLALÓN, Pedro; DíEZ PICAZO, Luis María; LÓPEZ GUERRA, Luis; LUCAS VERDÚ, Pablo; RUBIO LLORENTE, Francisco, *Actas de la Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional. Inauguración y Exposiciones introductorias, Teoría y realidad constitucional*, 2008, Número 21, p. 73-107.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, *Epílogo. Konrad Hesse en el siglo XXI*, en HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-615-2508-9, p. 247-282.

AZURMENDI ADARRADA, Ana, *El Derecho a la propia imagen: Su identidad y aproximación al Derecho a la información*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1998, ISBN: 968-859-331-1.

El derecho a la propia imagen: Su identidad y aproximación al derecho a la información, Civitas, Madrid, 1997.

BAHAMONDE MAGRO, Ángel; OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, «El teléfono. El nacimiento de un nuevo medio de comunicación, 1877-1936», en BAHAMONDE MAGRO, Ángel (dir); MARTÍNEZ LORENTE, Gaspar; OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, *Las comunicaciones en la construcción del Estado contemporáneo en España. 1700-1936*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1993, ISBN: 84-7433-949-9, p. 189-232.

BAHRDT, Karl Friedrich, *Ueber Pressfreiheit und deren Gränzen: Zur Beherzigung für Regenten Censoren und Schriftsteller*, [en línea], Frommanns, Züllichau, 1787 [fecha de consulta 11 de junio de 2015], Disponible en: <<http://reader.digitale->

sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10600553_00001.html> [Bayerische StaatsBibliothek digital].

BAJO HERNÁNDEZ, Miguel, «El Secreto profesional en el proyecto de Código Penal» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, Tomo 33, Fasc 3, p. 595-610.

BALLESTER CARDELL, María, *La intimidad como fundamento de la inviolabilidad del domicilio*, Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 1998, ISBN: 84-7632-355-7.

BALTHASAR, Stephan (Besprochen von Eric Neiseke) *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrech: Eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 7 ISBN: 9783161489389.

BAPPERT, W., *Wege zum Urheberrecht*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1962.

BARCELÓ, Miquel, *Una historia de la informática*, UOC, Barcelona, 2008, ISBN: 978-84-9788-709-0.

BARNETT, Hilaire, *Constitutional & Administrative Law*, 4ª, Cavendish Publishing Ltd, London-Sidney, 2002.

BARNETT, Stephen R., «El derecho a la propia imagen: El right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español» *Revista de Derecho Mercantil*, julio-septiembre 2000, Nº 237, p. 1225.

«The right to one's own image: Publicity and privacy rights in the United States and Spain» *The American Journal of Comparative Law*, 1999, N.º 4, p. 555-581.

BARREIROS, José António, «Informática, Liberdades e Privacidade», en MIRANDA, Jorge (comp.), *Estudos sobre a Constituição*, 1.º volume, Petrony, Lisboa, 1977, p. 119 y s.

BARRON, James H., «Warren and Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harvard Law Review, 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation» *Suffolk University Law Review*, Vol. 13, p. 875 y s.

BATLLE SALES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, Madrid, 1972.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel, *El derecho al nombre*, Reus, Madrid, 1931.

BAYERISCHEN LANDESAMT FÜR STATISTIK UND DATENVERARBEITUNG (Hrg.) *200 Jahre amtliche Statistik in Bayern 1808 bis 2008*, [en línea], Bayerischen Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung, München, 2008,

Disponible

en:

<https://www.statistik.bayern.de/medien/festschrift200jahre_teil1.pdf>.

- BEANEY, William M., «The Right to Privacy and American Law» *Law and Contemporary Problems*, Spring 1966, Vol. 31 253-271.
- BECK, Luke, «The Constitutional Prohibition on Religious Test» *Melbourne University Law Review*, 2011, Vol 35, p. 323-352.
- BEHRINGER, Wolfgang, «Bausteine zu einer Geschichte der Kommunikation: Eine Sammelrezension zum Postjubiläum» *Zeitschrift für historische Forschung*, 1994, Bd. 21, S. 92-112, Berlin: Duncker & Humblot.
- BELLO PAREDES, Santiago A., «El número de identificación fiscal: algunas consecuencias de su incardinación en nuestro ordenamiento jurídico» en DAVARA, Miguel Ángel (Dir.), *Encuentros sobre Informática y Derecho: 1990-1991* (Pamplona, Facultad de Derecho ICADE, 1992), p. 161-170.
- BENIGER, James R, *The control revolution: technological and economic origins of information society*, Harvard University Press, Cambridge, Ma, 1986.
- BENNETT, Colin J., *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Ithaka-London, 1992, ISBN: 0-8014-8010-8.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976, ISBN: 84-7111-099-7.
- BERGAMINI, David, «Government by Computers?», *The Reporter*, August, 17, 1961, p. 21.
- BERGFELD, J. P. «EC Data Protection Directive, impact on Ducth Data Protection Law» [en línea] *The Journal of Information, Law and Technology*, 1996 [Fecha de consulta 4 de marzo de 2014]. Disponible en <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1996_1/bergfeld>.
- BERGMAN, Nicole, *Volkszählung und Datenschutz: Proteste zur Volkszählung 1983 und 1987 in der Bundesrepublik Deutschland*, Diplomita, Hamburg, 2009, ISBN 3-8366-7388-6.
- BERKELEY, E.C., «The Computer and Wrongdoing», *Computers and Automation*, May, 1963, p. 7.
- BERLEUR, Jacques; POULLET, Yves, «Informatique et vie privée: enjeux réels», *Interdoc*, Sept. 1978, 1, p. 6-12.
- BEVERLEY-SMITH, Huw, *The commercial appropriation of personality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, ISBN: 0-521-80014-5.

- BEVERLEY-SMITH, Huw; OHLY, Ansgar; LUCAS-SCHLOETTER, Agnes, *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, Volumen 7 de Cambridge Intellectual Property and Information Law ISBN: 0-521-82080-4.
- BEVIER, Lillian R., «Information About Individuals in the Hands of Government: Some Reflections on Mechanisms for Privacy Protection» *William & Mary Bill of Rights Journal*, 1995, Vol. 4, Issue 2, Article 3, p. 455-506.
- BIEBER, Christoph, «Datenschutz als politisches Thema - von der Volkszählung zur Piratenpartei», en SCHMIDT, Hinrik; WEICHERT, Jan-Thilo (Hrsg.), *Datenschutz: Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2012, ISBN: 978-3-8389-0190-9, p. 34-44.
- BING, Jon, «Transnational Data Flows and the Scandinavian Data Protection Legislation», *Scandinavian Studies in Law*, 1980, Vol. 24, p. 65-96.
- BING, Jon; SELMER, Knut S. (ed.), *A Decade of Computers and Law*, Universitetsforlaget, Oslo, 1980, ISBN: 82-00-05376-8.
- BIRD, Peter John, *LEO: The first Business Computer. Publishing Limited*, Hasler, Wokingham, 1994, ISBN: 0-9521651-0-4.
- BITSCH, Marie-Thérèse, *Histoire de la Belgique: De l'Antiquité à nos jours*, Editions Complexe, Bruxelles, 2004, ISBN: 2-8048-023-7.
- BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*, Crown, New York, 2001, ISBN: 0-609-60799-5.
- (Traducción de Rolando Costa Picazo) *IBM y el Holocausto*, Atlántida, Buenos Aires, 2001, ISBN: 950-08-2466-3.
- BLACK, Alistair, «The Victorian Information Society: Surveillance, Bureaucracy and Public Librarianship in Nineteenth-Century Britain» *The Information Society*, 2001, Vol. 17, No. 1: 63-80.
- BLACK, Alistair; MUDDIMAN, Dave; PLANT, Helen, *The early information society: Information management in Britain before the computer*, Ashgate, Aldershot, 2007.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books: Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood*, Vol. I - Books I & II, J.B. Lippincott Co., Philadelphia, 1893.

- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books: Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood*, Vol. II - Books III & IV, J.B. Lippincott Co., Philadelphia, 1893.
- BLAZEK, William; GLENDAY, Michael K., *American Mythologies: Essays on Contemporary Literature*, Liverpool University Press, Liverpool, 2005, ISBN: 0-85523-736-0.
- BLOOM, Harold (Edited and with an introduction of Harold Bloom) *George Orwell*, Updated ed., Chelsea House, New York, 2007, Bloom's modern critical views ISBN: 0-7910-9248-6.
- BLOUSTEIN, Edward J., «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» *New York University Law Review*, December 1964, Vol. 39, p. 962-1007.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, (Prólogo de Francisco J. Bastida. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden Baden, 1993, ISBN: 3-7890-2996-3, «Los métodos de la interpretación constitucional: Inventario y crítica», p. 13-43.
- BODENSCHATZ, Nadine, *Der europäische Datenschutzstandard*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, 978-3-631-60493-9.
- BOLTON, W.F, *The Language of "1984"*, Blackwell, Oxford, 1984.
- BOREJSZA, Jerzy W; ZIEMER, Klaus (ed.), *Totalitarian and authoritarian regimes in Europe: Legacies and Lessons from the Twentieth Century*, Berghahn Books, [New York], 2006, ISBN: 1-57181-641-0.
- BORESJZA, Jerzy W., «Italian Fascism, Nazism and Stalinism: Three Forms of Totalitarianism from a Twenty-first-century Perspective», en BOREJSZA, Jerzy W; ZIEMER, Klaus (ed.), *Totalitarian and authoritarian regimes in Europe: Legacies and Lessons from the Twentieth Century*, Berghahn Books, [New York], 2006, ISBN: 1-57181-641-0, p. 3-22.
- BORN, Christian, *Schadenersatz bei Datenschutzverstößen: Ein ökonomisches Instrument des Datenschutzes und seine präventive Wirkung*, LIT, Münster, 2001, Band 9 von Schriften zum Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht ISBN: 3-8258-5686-0.
- BOUCHER, Philippe, «SAFARI ou la chasse aux français», *Le Monde*, 21 mars 1974, Page 9.

- BRACHA, Oren, «The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant» *Berkeley Technology Law Journal*, June 2010, Vol. 25, Issue 3 Summer, Article 7, p. 1427-1473.
- BRANDEIS; Louis D.; WARREN, Samuel D., «The right to privacy» *Harvard Law Review*, 1890 [15 diciembre 15, 1890) Vol. 4, No. 5, p. 193-220.
- El derecho a la intimidad* (Madrid, Civitas, 1995).
- BRAUDEL, Fernand (Traducción de Siân Reynolds) *The Mediterranean and the mediterranean world in the age of Philip II, Vol I, 4ª*, Colin; Fontana, London; New York, 1982.
- BRICOLA, Franco, «Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza» *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1967, p. 1083 y s.
- BROMLEY, Allan G., «Chapter Two: Difference and Analytical Engines», EN ASPRAY, William (ed.) (Contributors: W. Aspray, A. G. Bromley, M. Campbell-Kelly, P E. Ceruzzi, M. R. William) *Computing before Computers*, Iowa State University Press, Ames, Iowa, 1990, ISBN: 0-8138-0047-1, p. 59-98.
- BROWN, Martin; JAPPELLI, Tullio; PAGANO, Marco, «Information sharing and credit: Firm-level evidence from transition countries» *Journal of Financial Intermediation*, April 2009, vol. 18, 2, p. 151-172.
- BROWNSWORD, Roger, «Consent in Data Protection Law: Privacy, Fair Processing, and Confidentiality», en GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; DE TERWANGNE, Cécile; NOUWT, Sjaak *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, ISBN 9781402094972, p. 83-110.
- BUCK, Joseph, «Die Religion in den Volkszählungen des In- und Auslandes» *Allgemeines Statistisches Archiv*, 1937/1938, Vol. 27, p. 23-29.
- BULL, Hans Peter, *Datenschutz oder die Angst vor dem Computer*, Piper, München, 1984, ISBN: 3-492-02863-2.
- Informationelle Selbstbestimmung- Vision oder Illusion?*, 2. Auflage, Möhr Siebeck, Tübingen, 2011.
- BULMER, Martín (ed.), *Censuses, Surveys and Privacy*, Macmillan, London, 1979, ISBN: 0333262239.
- «Introduction», en BULMER, Martín (ed.), *Censuses, Surveys and Privacy*, Macmillan, London, 1979, ISBN: 0333262239, p. 122-131.

- «Parliament and the British census since 1920», en BULMER, Martín (ed.), *Censuses, Surveys and Privacy*, Macmillan, London, 1979, ISBN: 0333262239, p. 158-169.
- BURATTI, Andrea, (Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez), «El uso de la historia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Constitucional Comparado Europeo*, Julio-diciembre/2012, Año 9. Núm. 18. p. 361-394.
- BURKERT, Herbert, «Privacy - Data Protection. A German/European Perspective», en ENGEL, Christoph; HELLER, Kenneth H. (ed.), *Governance of global networks in the light of differing local values* [en línea], Nomos, Baden-Baden, 2000, ISBN: 3-7890-6389-4, [Fecha de consulta: 13 de noviembre de 2003], p. 43-69.
- BURNHAM, David, *The Rise of the Computer State*, Random House, New York, 1983, ISBN: 0-39472-375-9.
- BUTLER, Samuel (Traducción Ogier Preteceille; Introducción Peter Mundford) *Erewhon o Allende las montañas*, Bruguera, Barcelona, 1982, ISBN: 84-02-08636-5.
- BYGRAVE, L.A., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, ISBN: 9041198709.
- «International agreements to protect personal data», en RULE, James B.; GREENLEAF, Graham., *Global Privacy Protection: The First generation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, M.A., USA, 2010, ISBN: 978-1-84980-31-8, p. 15-49
- CALDER, Jenny, *Chronicle of Conscience: A Study of George Orwell and Arthur Koestler*, Secker & Warburg, London, 1968.
- CAMINER, David, *LEO: The Incredible Story of the World's First Business Computer*, McGraw-Hill, New York, 1998, ISBN: 0-07-009501-9.
- CAMPBELL, Denis, *International Bank Secrecy*, Sweet & Maxwell, London, 1992, ISBN: 0421472502.
- CAMPBELL-KELLY, Martin, «Chapter Four: Punched-Card Machinery», en ASPRAY, William (ed.) (Contributors: W. Aspray, A. G. Bromley, M. Campbell-Kelly, P E. Ceruzzi, M. R. William) *Computing before Computers*, Iowa State University Press, Ames, Iowa, 1990, ISBN: 0-8138-0047-1, p. 122-155.
- «Information Technology and Organizational Change in the British Census, 1801-1911», en YATES, John; VAN MAANEN, Joanne, *Information technology and organizational transformation: History, rhetoric, and practice*, SAGE, Thousand Oaks, California, 2001, ISBN: 0-7619-2301-2, p. 35-58.

- CAMPBELL-KELLY, Martin; ASPRAY, William; ENSMINGER, Nathan; YOST, Jeffrey R., *Computer: A history of the information machine*, 3rd ed., Westview Press, Boulder, Co., 2013, ISBN: 978-0-8133-4591-8.
- CAMPOGRANDE, Valerio, «Los derechos sobre la persona propia (I) », *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1896, Vol. 44, Nº 88, p. 514-545.
- «Los derechos sobre la persona propia (II)», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1896, Vol. 44, Nº 89, p. 18-34.
- (Traducción de Bernaldo de Quirós), «El "ius in se ipsum" en relación con la propia naturaleza del derecho sobre la propia imagen», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1905, Vol. 53, Nº 107, p. 495-511.
- CANOSA USERA, Raúl, (Prólogo de Pablo Lucas Verdú), *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, Estudios Constitucionales, ISBN 84-259-0786-1.
- CAPLAN, Jane; TORPEY, John (ed.), *Documenting Individual Identity: The Development of State Practices in the Modern World*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2001, ISBN: 0-691-00911-2.
- CARNOT, M., *Commentaire sur le code pénal: Contenant la manière d'en faire une juste application, des dissertations sur les questions les plus importantes qui peuvent s'y rattacher, et l'indication des améliorations dont il est susceptible*, Seconde Edition, Tome Premier, Chez Nève, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1836.
- CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, «La Directiva 95/46/CE: Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados», *Economist & Jurist*, enero / febrero 1997, p. 30-35.
- «Régimen jurídico del flujo internacional de datos automatizados de carácter personal», *Revista General de Derecho*, Octubre-Noviembre-Diciembre 1992, p. 9527-9548.
- CARLEBACH, Michael L., «Photojournalism in the Nineteenth Century», en BLANCHARD, Margaret A., *History of the Mass Media in the United States*, Routledge, New York, 2013, ISBN: 1-57958-012-2, p. 514-516.
- CASTÁN, Antonio, *El plagio y otros estudios de derechos de autor*, Reus/Fundación AISGE, Madrid, 2009, Colección de Propiedad Intelectual ISBN: 978-84-290-1569-0.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Volumen 1º, 10ª, Instituto editorial Reus, S.A., Madrid, 1962.

- Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Volumen 2º, 14ª (Reimpresión), Instituto editorial Reus, S.A., Madrid, 1987.
- CASTELLS ARTECHE, José Manuel, «La limitación informática», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991, Vol. 2: De los derechos y deberes fundamentales, ISBN: 84-7398-861-2, p. 907-941.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, Reproducción facsímil de la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- «Los llamados derechos de la personalidad: Dos estudios provisionales» *Anuario de derecho civil*, 1959, Vol. 12, Nº 4, p. 1237-1276, ISSN 0210-301X.
- Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972.
- CERUZZI, Paul E., *A history of modern computing*, 2nd. Ed., MIT Press, Cambridge, Ma., 2003, ISBN: 0-262-53203-4.
- CHAMOUX, Jean-Pierre, *L'information sans frontière*, La Documentation Française, Paris, 1980, Information et société. Série Impact ; 8., ISBN 2-11-000248-2.
- CHANDLER., Alfred D., *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*, Harvard University Press, Cambridge, Ma.; London, 1999, ISBN: 0-674-94051-2.
- CHANDLER, Alfred Dupont; CORTADA, James W (ed.), *A nation transformed by information: How Information has shaped the United States from Colonial Times to the Present*, Paperback ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 2003, ISBN: 0-19-512814-1.
- CHARLESWORTH, Max (Traducción de Mercedes Gonzáles con la colaboración de Language Consultancy Systems, S.L.) *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, Cambridge; New York; Melbourne, 1996, ISBN: 0521555965.
- CLARK, John O. E. (Traducción de Serbio Corominas) *Computadoras en acción*, Bruguera, Barcelona, 1970.
- CLARK, Ross, *The Road to Big Brother; One Man's Struggle Against the Surveillance Society*, Encounter Books, New York, 2009.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen» *Anuario de Derecho Civil*, Julio-Septiembre 1994, Núm. 47, vol. 3, p. 31-70.

CLUTE, John; LANGFORD, David, *The Encyclopedia of Science Fiction*, [en línea], Gollancz/SF Gateway, 2011. Disponible en: <<http://www.sf-encyclopedia.com/>>.

«Clarke's Laws», 30 de julio de 2012 [Fecha de Consulta: 3 de agosto de 2015]. Disponible en: http://www.sf-encyclopedia.com/entry/clarkes_laws.

«Computers», 22 de julio de 2015 [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2015], Disponible en: <http://www.sf-encyclopedia.com/entry/computers>.

«Laws of Robotics», 9 de abril de 2015 [Fecha de consulta: 5 de agosto de 2015], Disponible en: http://www.sf-encyclopedia.com/entry/laws_of_robotics.

COHN, Georg, *Neue Rechtsgüter: Das Recht am eigenen Namen. Das Recht am eigenen Bilde*, Liebmann, Berlin, 1902, Rektoratsrede, gehalten am Stiftungsfeste der Hochschule Zürich den 29. April 1902.

COLLIER, Bruce; MacLACHLAN, James, *Charles Babbage and the Engines of Perfection*, Oxford University Press, Oxford, 1998, ISBN: 0-19-508997-9.

CONKLIN Groff (ed.), *Science-Fiction Thinking Machines*, Vanguard, New York, 1954.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Cuadernos de derecho judicial*, Acceso judicial a la obtención de datos, Madrid, 1997, ISSN 1134-9670.

CONSTANT, Benjamin, *Escritos políticos*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, ISBN: 84-259-0821-3, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos: Conferencia pronunciada en el Ateneo de París, Febrero de 1819», p. 257-285.

COOLEY, Thomas McIntyre, *A Treatise on the Law of Torts*, Callaghan, Chicago, 1879.

A Treatise on the Law of Torts: Or the Wrongs which arise Independent of Contract, 2nd. Ed., Callaghan, Chicago, 1888.

(Edición a cargo de John Lewis) *A Treatise of the Law of Torts or the wrongs which arise independently of contract*, 3rd. Ed., Callaghan, Chicago, 1906.

(Revised Student's edition with Annotations and additions by Archibald H. Thockmorton) *A Treatise of the Law of Torts: Or the wrongs which arise independently of contract*, Callaghan, Chicago, 1930, National Textbook Series.

(With large additions, giving the results of the recent cases, by Victor H. Lane) *A Treatise On The Constitutional Limitations: Which rest upon the legislative power of the states of the American Union.*, 7th ed., Little, Brown, Boston, 1903.

«Inviolability of Telegraphic Correspondence», *American Law Register*, February 1879, Vol. XXVII, p. 65-78.

- CORCUERA ATIENZA, Javier (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Instituto Nacional de Sociología Jurídica de Oñati. Dyckinson, Madrid, 2002, ISBN 84-8155-630-0.
- CÓRDOVA DEL OLMO, Antonio, «El derecho a la propia imagen», *Justicia*, 1930, N° 57, p. 14 y s.
- CORNISH, William, «The Statute of Anne 1709-10: Its Historical Setting», en BENTLY, Lionel; SUTHERSANEN, Uma; TORREMANS, Paul, *Global Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, Ma., 2010, ISBN: 978-1-84844-766-0, p. 14-25.
- CORTADA, James W., *Before the Computer: IBM, NCR, Burroughs, and Remington Rand and the Industry They Created, 1865-1956*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1993, Princeton studies in business and technology ISBN: 0-691-04807-X.
- The Digital Hand: How Computers Changed the Work of American Financial, Telecommunications, Media, and Entertainment Industries*, Volume II, Oxford University Press, Oxford, 2006, ISBN: 0-19-514587-X.
- The Digital Hand: How Computers Changed the Work of American Manufacturing, Transportation, and Retail Industries*, Oxford University Press, Oxford, 2004, ISBN: 0-19-516588-8.
- The Digital Hand: How Computers Changed the Work of American Public Sector Industries*, Volume III, Oxford University Press, Oxford, 2008, ISBN: 978-0-19-516586-9.
- CORTES GENERALES, *Constitución española: trabajos parlamentarios*, 4 v., Cortes Generales, Madrid, 1980, ISBN: 8450035627.
- COURTIN, M., *Encyclopédie moderne, ou dictionnaire abrégé des sciences, des lettres et des arts*, Tome Dix-Huitième, Paris, 1830, Bureau de l'Encyclopédie.
- COVARRUBIAS OROZCO, Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana o española [precedido del Del origen y principio de la lengua castellana, o Romance que oy se vsa en España/compuesto por el Doctor Bernardo Aldrete]: Añadido por el Padre Benito Remigio Noydens.. de los PP. Clerigos Regulares Menores*, Disponible en: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/del-origen-y-principio-de-la-lengua-castellana-o-romance-que-oy-se-va-en-espana-compuesto-por-el-0/html/00918410-82b2-11df-acc7-002185ce6064.html>>, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes; Biblioteca Nacional, Madrid, 2006 [Fecha de consulta 8 de junio de 2015], [en línea]. Reproducción digital de la edición de Madrid, por Melchor Sánchez, a costa de Gabriel León, 1674.

- CUNDIFF, W.E.; REID, Mado (eds.), *Issues in Canadian/U.S. Transborder Computer Data Flows* *Proceedings of a Conference held in Montreal at the Four Seasons Hotel and sponsored by the Institute for Research on Public Policy, September 5, 1978*, Institute for Research on Public Policy/Institut de Recherches Politiques, Montreal, 1979, ISBN: 0 920380 12 3.
- CRESPO DE LARA, Pedro (Prólogo de Antonio Hernandez Gil), *El artículo Dos: La prensa ante el Tribunal Supremo*, Prensa Española, Madrid, 1975, ISBN: 84-287-0354-X.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Enero-Abril 1989, Número 25, p.35-62.
- DAMMANN, Ulrich; MALLMANN, Otto; SIMITIS, Spiros *Data protection legislation/Gesetzgebung zum Datenschutz*, Metzner, 1977.
- DAMMANN, Ulrich; KARHAUSEN, Mark; MÜLLER, Paul; STEINMÜLLER, Wilhelm, *Datenbanken und Datenschutz*, Herder & Herder, Frankfurt/Nueva York, 1974, ISBN: 3-585-32052-X.
- DASH, Samuel; KOWLTON, Robert; SCHWARTZ, Richard, *The Eavesdroppers*, Rutgers University Press, New Brunswick, N.J., 1959.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel, *La protección de datos en Europa*, Grupo Asnef-Equifax/Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, ISBN: 84-923731-0-5.
- DAVIES, Thomas Y., «Recovering the original Fourth Amendment» *Michigan Law Review*, December 1999, Vol. 98, p. 547-750.
- DAVIES, Simon G., «Re-engineering the privacy right: How privacy has been transformed from a right to a commodity», en AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.), *Technology and Privacy: The new landscape*, MIT Press, Cambridge, MA, 1998, ISBN 9780262511018, p 143-165.
- DE CUPIS, Adriano, *I Diritti della personalità*, Giuffré, Milano, 1950.
- DE HERT, Paul; GUTWIRTH, Serge, «Data Protection in the Case Law of Strasbourg and Luxembourg: Constitutionalism in Action», en GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; DE TERWANGNE, Cécile; NOUWT, Sjaak *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, ISBN 9781402094972, p. 3-44.

- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael, «El derecho fundamental a ser dejado en paz y sus manifestaciones en la Constitución», *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 2007, Nº. 37, p. 357-460, ISSN 0210-296X.
- «La libertad informática, un novísimo derecho fundamental», en PÉREZ PRADOS, Antonio (y otros), *Jornadas sobre la protección de la privacidad. Telecomunicaciones e Internet*, Agencia de Protección de Datos/Universidad Pública de Navarra, Madrid, Pamplona, 2001, p. 15-23.
- DE MIGUEL CASTAÑO, Adoración, *Derecho a la información frente al derecho a la intimidad: Su incidencia en el sistema de información estadística*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 1983, ISBN: 84-260-0887-9.
- DE SOLA POOL, Ithiel; SOLOMON, Richard B., «Intellectual Property and Transborder Data Flows», *Stanford Journal of International Law*, 1980, Vol. 16, p. 113-140.
- DE VEGA, Pedro; MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel; JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, «Actas de la Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional. Conclusiones», *Teoría y realidad constitucional*, 2008, Número 21, p. 171-184.
- DEAZLEY, Ronan, *On the Origin of the Right to Copy: Charting the movement of Copyright Law in Eigheenth Century Britain (1695-1775)*, Hart Publishing, Oxford, 2004, ISBN 1-84113-375-2.
- DEIGHTON, Susan, *Privacy and Computers: a bibliography*, The Library, The Institution of Electrical Engineers, London, 1978.
- DENNINGER, Erhard (Traducción de Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO) «El derecho a la autodeterminación informativa», en PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos-Fundación cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, ISBN: 84-309-1407-02, p. 268-276.
- DENZINGER, Enrique (Versión directa de los textos originales por Daniel Ruiz Bueno) *El magisterio de la Iglesia: Manual de los símbolos, definiciones y declaraciones de la Iglesia en materia de fe y costumbres*, 3ª, Herder, Barcelona, 1963.
- DEUTSCHER, Isaac, *Heretics and Renegades and Other Essays*, Hamis Hamilton, London, 1955.
- DICKINSON, John, «The Law behind Law» *Columbia Law Review*, February 1929, Vol XXIX, p. 113-146 y 285-319.
- DIEBOLD, John, «Automation - A National Resource, Not a Cause for Fear» *Computers and Automation*, January 1961, Vol 10, nº 1 - 1bis, p. 9-11.

- DIEGO GARCÍA, Emilio de, *Historia de la industria en España: La electrónica y la informática*, Escuela de Organización Industrial/Actas, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2003, ISBN: 84-470-2095-9.
- DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan, *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, MA, 2007, ISBN: 978-0-262-04240-6.
- DIPPEL, Horst (ed.), (Editados por António Pedro Barbas Homem, Jorge Silva Santos, Clara Álvarez Alonso), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts: Textos constitucioais de Portugal e Espanha 1808-1845/Textos constitucionales de Portugal y España 1808-1845/Constitutional Documents of Portual and Spain 1808-1845*, De Gruyter/Hubert, Berlin/New York/Götinguen, 2010, ISBN: 978-3-598-35691-9 y 978-3-11-023494-7.
- DUPRÉ, Catherine, *Importing the law in post-communist transitions: the hungarian constitutional court and the right to human dignity*, Hart, Oxford, 2003, ISBN 1-84113-131-8.
- DURKIN, Thomas A.; STATEN, Michael E., *The impact of public policy on consumer credit*, Kluver Academic Publishers, Norwell, Mass., 2002, ISBN 0-792-3741-85.
- DUVERGIER, J.B., *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État: Publiée sur les éditions officielles du Louvre; de L'Imprimerie Nationale, par Baudouin; et du Bulletin des Lois; (De 1788 a 1830 inclusivement, par ordre chronologique)* Tome Premier, Guyot et Scribe, Paris, 1824.
- Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État: Publiée sur les éditions officielles du Louvre; de L'Imprimerie Nationale, par Baudouin; et du Bulletin des Lois; (De 1788 a 1830 inclusivement, par ordre chronologique)* Tome Deuxième, Deuxième Edition, Guyot et Scribe, Paris, 1834.
- Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État: Publiée sur les éditions officielles du Louvre; de L'Imprimerie Nationale, par Baudouin; et du Bulletin des Lois; (De 1788 a 1824 inclusivement, par ordre chronologique)* Tome Sixième, Guyot et Scribe, Paris, 1825.
- Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil-d'État: (De 1788 a 1836 inclusivement, par ordre chronologique)* Publiée sur les éditions, continue depuis 1836, et formant un vlume chaque annéez, Tome Soixante-Huitième, Paris, 1868.

- DWYER, Kevin Condrin; RUSH, Peter Glatz, «Developments Under the Freedom of Information Act - 1983» *Duke Law Journal*, 1983, p. 377-421.
- EASTERBROOK, Frank H., «Foreign sources and the American Constitution», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Fall 2006, Vol 30, No 1, p. 223-230, Disponible en
<http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No1_Easterbrookonline.pdf>.
- EGER, John M., «The Global Phenomenon of Teleinformatics: An Introduction», *Cornell International Law Journal*, 1981, Vol 14, p. 203-236.
- «Emerging Restrictions on Transnational Data Flows: Privacy Protection or Non-Tariff Trade Barriers», *Law and Policy in International Business*, 1978, Vol. 10, p. 1055-1103.
- EHM, Reiner; KARL, Gerd; STEINMÜLLER, Wilhelm, *Rechtsinformatik und juristische Informationswissenschaft*, Beck, München; Frankfurt, 1979, Karlsruher juristische Bibliographie/Sonderheft.
- EHMANN, Horst, «Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht» *Archiv für die civilistische Praxis*, 1988, Band 188, p. 230-380.
- ENGEL, Christoph; HELLER, Kenneth H. (ed.), *Governance of global networks in the light of differing local values*, Nomos, Baden-Baden, 2000, ISBN: 3-7890-6389-4.
- ENNECCERUS, Ludwig (13ª revisión por Hans Carl Nipperdey. Traducción y notas de Blas Pérez González y José Alguer.) *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, vol 1º. Parte General, Bosch, Barcelona, 1934.
- (Traducción y notas de Blas Pérez González y José Alguer. Revisión de Heinrich Lehman) *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2º. Derecho de Obligaciones, 1ª española, Bosch, Barcelona, 1935.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin (Traducción directa por Carlos Melón Infante. Prólogo de Antonio Hernández Gil) *Tratado de Derecho Civil*, Apéndice: Código Civil Alemán (BGB) Bosch, Barcelona, 1994.
- ERD, Rainer, «Privatsphäre: “Datenschutz droht sich als Fiktion zu erweisen”», *Zeit online* (versión electrónica de Die Zeit) [entrevista, en línea], 18 de noviembre de 2011 [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2013], Disponible en: <<http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2011-11/spiros-simitis-datenschutz>>.
- ERNST, Morris L.; SCHWARTZ, Alan U, *Privacy: The right to be let alone*, MacMillan, New York, 1962.

- ERVIN Jr., Sam J., «The First Amendment: A Living Thought in the Computer Age» *Columbia Human Rights Review*, 1972, Vol. 4, No. 1, p. 13 y s.
- ESCAMILLA-COLIN, Michèle, «L'Inquisition espagnole et ses archives secretes» *Histoire, économie & société*, 1985, 4e année, n°4, p. 443-477.
- ESCOBAR, Julia, «El hombre que no se quiso callar», en GARCÍA GUAL, Carlos; GARCÍA COTARELO, Ramón (eds.) *Orwell: 1984: Reflexiones desde 1984*, Espasa-Calpe/UNED, Madrid, 1984, Selecciones Austral, ISBN: 84-239-2131-X, p. 21-47.
- ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy, «El secreto profesional como deber de los notarios» *Revista de derecho privado*, 1943, p. 159 y s.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, «Fundamento y alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio» *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, n° 8, p. 39-53.
- ESTADELLA YUSTE, Olga, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos/Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Madrid, 1995, ISBN: 84-309-2601-1.
- ESSER, Josep (Traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol) *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961-.Edición original: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1956.
- EVERS, Hans-Ulrich [Hrsg.], *Persönlichkeit in der Demokratie: Festschrift für Erich Schwinge zum 70. Geburtstag*, Hanstein, Köln, Bonn, 1973, ISBN: 3-7756-7700-3.
- FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L., (Con la colaboración de Nancy M. P. King), *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, ISBN: 0-19-503686-7.
- FARBER, Daniel A., «The Supreme Court, the Law of Nations, and Citations of Foreign Law: The Lessons of History», *California Law Review*, Fall 2007, Vol. 95, Symposium Dedicated to the Work of Professor Paul J. Mishkin p. 1335-1365.
- FAULKNER, William, «On privacy: The American dream» *Harper's Magazine*, July 1955, p. 33-38.
- FELBER, Ron, *The Privacy War: One Congressman, J. Edgar Hoover, and the fight for the Fourth Amendment*, Croce, Montvale, NJ, 2003, 0-9719538-9-9.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Flujo Internacional de Datos», *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, 1999, Número 30-31. Dedicado a: Contratación electrónica, privacidad e internet, p. 189-206.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las constituciones históricas españolas: (Un análisis histórico-jurídico)* 4ª, Civitas, Madrid, 1986, ISBN: 84-7398-448-X.
- FERRERAS, J.I., *La novela de ciencia-ficción*, Siglo XXI, Madrid, 1972.
- FEVRE, Lucien; MARTIN, Henri-Jean, *La aparición del libro*, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004, ISBN: 968-5374-09-0, ISBN: 968-5374-09-0.
- FIGES, Orlando, (Traducción de Eduardo Hojman), *“El baile de Natacha”: Una historia cultural rusa*, Edhasa, Barcelona Buenos Aires, 2006, ISBN: 84-350-2658-2.
- FIGGIS, John Neville, *From Gerson to Grotius 1414-1625: The Birkbeck Lectures delivered in Trinity College, Cambridge 1900*, Cambridge University Press, Cambridge, 1907, Studies of Political Thought.
- FIJNAUT, Cyrille; MARX, Gary T., *Undercover: Police Surveillance in Comparative Perspective*, Kluwer, The Hague, 1995, ISBN: 9041100156.
- FINKELMAN, Paul, «Foreign law and american constitutional interpretation: A long and venerable tradition», *New York University Annual Survey of American Law*, 2007, Vol. 63, Issue 1, p. 29-62.
- FISHER, Sydney George, *The Evolution of the Constitution of the United States*, J. B. Lippincott Company, Filadelfia, 1897.
- FISHMAN, William L., «Introduction to Transborder Data Flows», *Stanford Journal of International Law*, 1980, Vol. 16, p. 1-26.
- FISHER, Amy Weaver; McKENNEY, James L., «The Development of the ERMA Banking System: Lessons from History» *IEEE Annals of the History of Computing*, 1993, Vol. 15, nº 1, p. 44-57.
- FLAHERTY, David H., *Nineteen Eighty-Four and after: Final Report to the Bellagio Conference con current and future problems of Data Protection*, University of Western Ontario, London, Ontario, 1984.
- Privacy and data protection: An international bibliography*, Mansell Publishing Limited, London, 1984, ISBN: 0-7201-1719-4.
- Privacy in Colonial New England*, University of Virginia Press., Charlottesville, 1972, 0-8139-0339-4.
- Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*, University North Carolina Press, Chapel Hill/London, 1989, ISBN: 0-8078-1871-2".

- FLAHERTY, David H.; HANIS, Edward H.; MITCHELL, S. Paula, *Privacy and Access to Government Data for Research: An International bibliography*, Mansell, London, 1979, ISBN: 0-7201-0920-5.
- FLETCHER, John C., «The Evolution of the Ethics of Informed Consent», en BERG, Kare; TRANOY, Knut Erik (ed.), *Research Ethics*, Alan R, Liss, New York, 1983, ISBN: 0845101285, p. 187-228.
- FONT, Jean Marc; QUINIOU, Jean Claude, (Traducción de R.J. Vernengo.) *Las computadoras. Mitos y realidades*, Tiempo Nuevo, Caracas, 1970, Libros de bolsillo.
- FORSTHOFF, Ernst, «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en BARION, Hans; FORTSHOFF, Ernst; WEBER, Werner (Hrsg.), *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag Dargebracht von Freunden und Schülern*, Duncker und Humblot, Berlin, 1959, s. 35-62.
- FRANKLIN, H. Bruce, «Computers in fiction», en RALSTON, Anthony; HEMMENDINGER, David; REILLY, Edwin D. (ed.), *Encyclopedia of Computer Science*, 4th edition, Nature Publishing Group, Basingstoke and Oxford, July 2000, ISBN: 0-333-77879-0, p. 705-708.
- FRIED, Charles, «Privacy: A moral analysis» *Yale Law Journal*, 1968, N° 77, 475-493.
- FROSINI, Vittorio (Traducción de Carlos A. Salguero-Talavera y Ramón L. Soriano Díaz. Prólogo de Antonio-Enrique Pérez Luño) *Cibernética, derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1982, ISBN: 84-309-0942-7.
- FUSI, Juan Pablo, «Orwell: El camino hacia 1984», en GARCÍA GUAL, Carlos; GARCÍA COTARELO, Ramón (eds.) *Orwell: 1984: Reflexiones desde 1984*, Espasa-Calpe/UNED, Madrid, 1984, Selecciones Austral, ISBN: 84-239-2131-X, p. 83-106.
- GADAMER, Hans-Georg, (Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito), *Verdad y método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 2ª ed., Sígueme, Salamanca, 1984, ISBN: 84-301-0463-1.
- GALÁN JUÁREZ, Mercedes, *Intimidación: Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- GALINDO, Arturo; MILLER, Margaret, *Can Credit Registries Reduce Credit Constraints?: Empirical Evidence on the Role of Credit Registries in Firm Investment Decisions*, en línea, March 16, 2001, Disponible en http://www.aaep.org.ar/espa/anales/pdf_01/inv_galindo_miller.pdf. Prepared for the seminar "Towards Competitiveness: The Institutional Path", Annual Meetings of

- the Board of Governors, Inter-American Development Bank and Inter-American Investment Corporation, Santiago, Chile.
- GANLEY. Oswald H.; GANLEY, Gladys D., *To inform or to Control?: The new Communications Networks*, McGraw Hill, New York, 1982, ISBN: 0-893391-510-6.
- GANNON, Robert, «Big Brother 7074 Is Watching You», *Popular Science*, March 1963, p. 86-88 y 206-208.
- GARCÍA COTARELO, Ramón, «Zamiatin, Huxley, Orwell: La Antiutopía», en GARCÍA GUAL, Carlos; GARCÍA COTARELO, Ramón (eds.) *Orwell: 1984: Reflexiones desde 1984*, Espasa-Calpe/UNED, Madrid, 1984, Selecciones Austral, ISBN: 84-239-2131-X, p. 107-134.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político*, Otoño 1982, Núm. 15, p. 7-20.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho Administrativo*, I, 4ª, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA GUAL, Carlos; GARCÍA COTARELO, Ramón (eds.) *Orwell: 1984: Reflexiones desde 1984*, Espasa-Calpe/UNED, Madrid, 1984, Selecciones Austral, ISBN: 84-239-2131-X.
- GAREIS, Karl, «Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, insbesondere im Deutschen Reiche» *Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts*, 1877, Band, 3, p. 137-153.
- GARFINKEL, Simson, *Database nation: The Death of Privacy in the 21st Century*, O'Reilly, Beijing/Cambridge, 2000, ISBN: 1-56592-653-6.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Parte General, 7ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, Estudios de Administración, XVI.
- GARSTKA, Hansjürgen, «Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz: Das Recht auf Privatsphäre, en SCHUZKI-HADDOUTI Christiane (Hrsg.), *Bürgerrechte im Netz*, VS Verlag, 2003, ISBN: 3-8100-3872-5, p. 48-70.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Privacidad y publicidad» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1998, Nº 21, p. 223-244.
- GAIVISON, Ruth, «Privacy and the Limits of Law» *The Yale Law Journal*, January 1980, Vol. 89, No. 3, p. 421-471.
- GEIGER, Christophe, «The influence (past and present) of the Statute of Anne in France», en BENTLY, Lionel; SUTHERSANEN, Uma; TORREMANS, Paul,

- Global Copyright: 300 Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, Ma., 2010, ISBN 978-1-84844-766-0, p. 122-135
- GEIS, Ivo, «Internet und Datenschutzrecht» *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, Heft 5, p. 288-293.
- GELLMAN, Robert, *Does privacy law work?*, AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.) *Technology and Privacy*, MIT Press, Cambridge, MA, 1998, ISBN 9780262511018, p. 193-218.
- GERETY, Tom, «Redefining Privacy» *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Spring 1977, Vol. 12, Issue 2, p. 233-296.
- GERHARDT, Volker, «Selbstbestimmung: Zur Aktualität eines Begriffs» *Fiph Journal*, [en línea], September 2006 [Fecha de consulta: 13-03-2013], N° 8, p. 1-7. Disponible en: <<http://www.fiph.de/veroeffentlichungen/journale/FIPH-Journal-2006-Herbst.pdf>>.
- GERTLER, Eric J., *Prying eyes: Protect your Privacy from People who Sell to you, Snoop on You, and Steal from you*, Random House, New York, 2004.
- GIDDENS, Anthony, *The Nation-State and Violence*, Volumen Two of A Contemporary Critique of Historical Materialism, University of California Press, Oakland, CA, 1985, ISBN: 0-420-04490-8.
- GUILLAMET, Jaume, *Història del periodisme: Notícies, periodistes i mitjans de comunicació*, Universitat Autònoma de Barcelona; Universitat Jaume I; Universitat Pompeu Fabra; Universitat de Valencia, Barcelona; Castelló de la Plana; València, 2003, ISBN: 84-490-2315-7 (U. Autònoma); ISBN: 84-8021-426-0 (U. Jaime I); ISBN: 84-88042-42-6 (U. Pompeu Fabra); ISBN: 84-370-5677-2.
- GIESKER, Hans, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre: Ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten*, Müller, Zürich, 1905.
- GLANCY, Dorothy J., «Privacy and the other Miss M.» *Northern Illinois University Law Review*, Summer 1990, Nr. 10, p. 401-440.
- «The invention of the Right to Privacy» *The Arizona Law Review*, 1979, Vol. 21, Number 1, p. 1-39.
- GLASER, Anton, *History of binary and other nondecimal numeration*, Revised ed., Tomash, [Los Angeles; New York], 1981, ISBN: 0-938228-00-5.
- GOBLE, Corban, «Newspaper Technology», en BLANCHARD, Margaret A., *History of the Mass Media in the United States*, Routledge, New York, 2013, ISBN: 1-57958-012-2, p. 457-462.

- GODFREY, M.D.; HENDRY, D.F., «The Computer as von Neumann Planned It» *IEEE Annals of the History of Computing*, 1993, Vol 15, No. 1, p. 11-21.
- GODKIN, E.L., «Libel and Its Legal Remedy» *The Atlantic Monthly*, December 1880, Vol. XLVI, p. 729- 738.
- «The Right to Privacy» *The Nation*, 25 December 1890, Nr. 51, p. 496-497.
- «The Rights of the Citizen: To His Own Reputation» *Scribner's Magazine*, 8, July 1890, p. 58-67.
- GOMES, Manuel Januário da Costa, «O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador», *Boletim Ministério da Justiça*, 1982, Vol. 319.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- GORMLEY, Ken, «One hundred years of privacy» *Wisconsin Law Review*, 1992, Vol. 5, p. 1335-1442.
- GREGORIO, Carlos G. «Protección de datos personales: Europa vs. Estados Unidos, todo un dilema para América Latina», en CONCHA CANTÚ, Hugo; LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio; TACHER EPELSTEIN, Lucy, *Transparentar al Estado: La experiencia mexicana de acceso a la información*, 1ª, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 295-325.
- GRIMALT SERVERA, Pedro, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, 1ª, Comares, Granada, 1999, Estudios de Derecho Privado, ISBN: 84-8151-887-5.
- GROSS, Martin L., *The brain watchers*, Random House, New York, 1962.
- GROSS, Hyman, «The Concept of Privacy» *New York University Law Review*, 1967, Vol. 42, p. 34 y s.
- GROTE, Rainer, «El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania», *ADCL*, 2004, Décimo año, Tomo I, p. 139-154.
- GUASP, Jaime, *Derecho*, Gráficas Hergon, Madrid, Octubre 1971.
- GUTIÉRREZ ALONSO, Jaime, «Proceso de integración de las redes telefónicas de San Sebastián y Guizpúzcoa en la CTNE» *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 2007, Vol. 29, p. 75-94.
- GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; DE TERWANGNE, Cécile; NOUWT, Sjaak *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, ISBN 9781402094972.

- GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; LEENES, Ronald, *Computers, Privacy and Data Protection: An Element of Choice*, Springer, Dordrecht, 2011, ISBN: 9400706405.
- GUZMAN BRITO, Alejandro, «Los orígenes del concepto de “Relación Jurídica” (“Rechtliches Verhältnis” “Rechtsverhältnis”))», *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2006, XXVIII, p. 187- 226.
- HÄBERLE, Peter, (Traducción e introducción de Emilio Mikunda), *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, ISBN 84-309-3510-X.
- (Estudio introductorio de Diego Valadés. Traducción e índices de Héctor Fix-Fierro), *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, ISBN: 968-36-9069-6.
- (Traducido del alemán por Francisco Balaguer Callejón), «Métodos y principios de la interpretación constitucionalUn catálogo de problemas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Enero-junio de 2010, Año 7, Número 13, p. 379-411..
- HADDING, Walther; SCHNEIDER, Uwe H., *Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.
- HAEFNER, Klaus (Vorwort von Volker Hauff) *Der “grosse Bruder”: Chancen und Gefahren für eine informierte Gesellschaft*, Econ, München, 1980, ISBN: 3-430-13738-1.
- HAFLI, Tor, «Transborder Data Flows: The Scandinavian Soliuons», en BING, Jon; SELMER, Knut S. (ed.), *A Decade of Computers and Law*, Universitetforlaget, Oslo, 1980, ISBN: 82-00-05376-8, p. 59-71.
- HAKIM, C., «Census Confidentiality in Britain», en BULMER, Martín, (ed.), *Censuses, Surveys and Privacy*, Macmillan, London, 1979, ISBN: 0333262239, p. 132-157.
- HAIMES, Gerald K; LANGBART, David A., *Unlocking the Files of the FBI: A guide to Its Records and Classification System*, Scholarly Resourdes, Wilmington, De., 1993, ISBN: 0-8420-2338-0.
- HALPERN, Sheldon W., «Rethinking the Right of Privacy: Dignity Decency and the Law’s Limitations» *Rutgers Law Review*, 1991, Vol. 43., p. 539-564.
- HAMMER, Felix, *Rechtsfragen der Kirchensteuer*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, Jus Ecclesiasticum, 66, ISBN: 3-16-147537-2.
- HAND, Augustus N., «Schuyler against Curtis and the Right to Privacy» *The American Law Register and Review*, December 1897, No. 12, p. 745-759.

HARPER, Jim, *Identity Crisis: How Identification Is Overused And Misunderstood*, Cato Institute, Washington, D.C., 2006, ISBN: 930865848.

HASSELKUß, Andrea; KAMINSKI, Klaus-Jürgen, «Persönlichkeitsrecht und Datenschutz», en KILIAN, Wolfgang; LENK, Klaus; STEINMÜLLER, Wilhelm, *Datenschutz: Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung*, Toeche-Mittler, [Darmstadt], 1973, ISBN: 3-87820-014-5, p. 109-128.

HEIDE, Lars, «IBM Technology and the Third Reich», en JENSEN, Steven L. B. (Translations: Gwynneth Llewellyn) *Genocide: Cases, Comparisons and Contemporary Debates*, The Danish Center for Holocaust and Genocide Studies, Copenhagen, 2003, Danish Genocide Studies Series, nº 2, ISBN 87-989305-0-8, p. 283-292.

Punched-card systems and the early information explosion, 1880-1945, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2009, Studies in industry and society, ISBN: 0801891434.

«Review to Edwin Black, IBM and The Holocaust: The Strategic Alliance between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation, Crown Publishers, New York, 2001, \$27.50, 528 pp., ISBN 0-609-60799-5.» *IEEE Annals of the History of Computing*, April-June 2002, Vol, 24, No. 2, p. 94.

HELLER, Hermann, (Traducción de Mario de la Cueva. Mario de la Cueva), *La soberanía*, 2ª, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económico, México, 1995, ISBN: 968-16-4741-6".

HENKEL, Heinrich, «Der Strafschutz des Privatlebens gegen indiskretion: Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag», en *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Band II (Sitzungsberichte) Mohr, Tübingen, 1959, p. 59 y s.

HEREDERO HIGUERAS, Manuel, «El Número Personal Unificado: Un proyecto frustrado» *Documentación Administrativa*, Octubre-diciembre 1982, nº 196, p. 177-189.

«La ley noruega de protección de datos personales (Ley de 9 de junio de 1978, núm. 47) *Documentación Administrativa*, 1981, Núm. 189, p. 231-260.

«Ley austríaca de 18 de octubre de 1978 de protección de datos personalizados» *Documentación Administrativa*, 1979, Núm. 184, p. 131-170.

La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: Comentario y textos, Tecnos, Madrid, 1996, ISBN: 84-309-2824-3.

- «La protección jurídica de la información personal registrada en bases y bancos de datos», en *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, Citema, Madrid, 1971. p. 413-419.
- «La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República federal alemana relativa a la Ley del Censo de 1983», *Documentación Administrativa*, abril-junio 1983, N° 198, p. 139-158.
- «Proyecto de número de identificación personal», en *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, Citema, Madrid, 1971, p. 377-378.
- HERRÁN ORTIZ, A. I. «Problemas jurídicos del flujo internacional de datos personales en la legislación española», en DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (Coord.), *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2000, p. 81-94
- HERNÁN, Andrea; SANTOS, Modesto (eds.), *Sentencias político-filosófico-teológicas: (En el legado de A. Pérez, F. De Quevedo y otros). Del tacitismo al neoestoicismo*, Anthropos, Barcelona, 1999, ISBN: 84-7658-557-8.
- HESSE, Konrad, (Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez (eds.)), *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-615-2508-9, «Límites de la mutación constitucional», p. 95-114.
- HIDALGO, Enrique, «Seguridad y confidencialidad», en *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, Citema, Madrid, 1971, 1970, p. 379-382.
- HILBERG, Raul (Traducción de Cristina Piña Aldao) *La destrucción de los judíos europeos*, Akal, Madrid, 2005, ISBN: 84-460-1809-8.
- The destruction of the European Jews*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1961.
- HITCHENS, Christopher (Traducción de Eduardo Hojman) *La victoria de Orwell*, Emecé, Barcelona, 2003, ISBN: 84-95908-45-X.
- HIXSON, Richard F., *Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1987.
- HOCHFELDER, David, *The Telegraph in America, 1832-1920*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2012, ISBN: 978-1-4214-0747-0.
- HOLDSWORTH, William, «Press Control and Copyright in the 16th and 17th Centuries», *The Yale Law Journal*, Jun., 1920, Vol. 29, No. 8, p. 841-858, ISSN 0044-0094.

- HOFSTADTER, Samuel H., *The development of the Right of Privacy in New York*, Grosby Press, New York, 1954.
- HONDIUS, Frits Willem, *Emerging Data Protection in Europe*, North Holland, American Elsevier, Amsterdam, Oxford, New York, 1975.
- HOPE, Nicholas, *German and Scandinavian Protestantism 1700 to 1918*, Oxford University Press, Oxford, 1999, Oxford History of the Christian Church, ISBN: 0-19-826994-3.
- HUBER, Peter, *Orwell's Revenge: The 1984 Palimpsest*, The Free Press/Macmillan, New York; Ontario, 1994, ISBN: 0-02-915335-2.
- HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, Böhlau, Munster; Köhl, 1953, Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und Steuerrecht, H. 4, 2ª edición en 1967.
- HUIZINGA, Johan (Traducción de José Gaos.) *El otoño de la edad media*, 8ª, Revista de Occidente, Madrid, 1971.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano: Instituciones de Derecho Privado*, 8ª edición revisada y aumentada, Ariel, Madrid, 1983, ISBN: 84-344-150-1.
- IFRAH, Georges, *The Universal History of Computing: From the Abacus to the Quantum Computer*, John Wiley, New York, 2001, ISBN: 0-471-39671-0.
- IHALAINEN, Pasi; BREGNSBO, Michael; SENNEFELT, Karin; WINTON, Patrik, *Scandinavia in the Age of Revolution: Nordic Political Cultures, 1740-1820*, Ashgate, Farnham, UK; Burlington, VT, USA, 2009, ISBN: 9781409400196.
- INNESS, Julie C., *Privacy, Intimacy, and Isolation*, Oxford University Press, New York, 1992, ISBN: 0-19-507148-4.
- INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA, *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE)* [en línea], [2007, Fecha de consulta: 30-04-2013], Disponible en: <<http://www.idhc.org/cat/documents/Biblio/DUDHE.pdf>>.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Conclusions of the Nordic Conference, May, 1967, on the Right to Privacy*, Geneva, [c. 1967].
- «The legal protection of privacy: A comparative survey of ten countries» *International Social Science Journal*, 1972, Vol. XXIV, Number 3, p. 417-583.
- Privacy and the Law. A Report by the British Section of the International Commission of Jurists* ([London], 1970).

- INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Credit bureau knowledge guide*, [en línea], International Finance Corporation, Washington, 2006 [Fecha de consulta: 10-9-2013], Disponible en: <<http://www.simah.com/Documents/PDF/FI-CB-KnowledgeGuide-E.pdf>>.
- ÍÑIGO FERNÁNDEZ, Luis E., *Breve historia de la Revolución Industrial*, Nowtilus, Madrid, 2012, ISBN: 978-84-9967-412-4.
- JAPPELLI, Tullio; PAGANO, Marco, «Information sharing, lending and defaults: Cross-country evidence» *Journal of Banking & Finance*, October 2002, Vol. 26, 10, p. 2017-2045.
- JELLINEK, Georg (Traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada. Estudio introductorio Miguel Posada) *La declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, 2ª, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- (Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos), *Teoría general del Estado*, 1ª reimpresión de la primera edición, Fondo de cultura económica, México, 2002.
- JÓRI, András, *Data protection law. An Introduction*, [en línea], 2006-2007 [Fecha de consulta 11 de abril de 2011]. Disponible en: <<http://www.dataprotection.eu/pmwiki/pmwiki.php?n=Main.Privacy>>.
- JUSSAWALLA, Meheroo; CHEAH, Chee-Wah, «Emerging Economic Constraints on Transborder Data Flows», *Telecommunications Policy*, 1983, Vol. 7, No.4, p. 285-296.
- KALVEN Jr., Harry, «Privacy in Tort Law: Were Warren and Brandeis Wrong?» *Law and Contemporary Problems*, 1966, Vol. 31, p. 326-341.
- KAMLAH, Rupert, «Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht» *Die Öffentliche Verwaltung*, 1970, p. 361-364.
- KANT, Immanuel (Versión castellana y estudio preliminar de Roberto R. Aramayo) *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza, Madrid, 2008, Libro de bolsillo Filosofía.
- [KANT], [Immanuel], *Kant's Werke: Herausgegeben von der Königlich Preusslichen Akademie der Wissenschaften*, Band IV, Georg Reimer, Berlin, 1911.
- KARAS, Stan, «Enhancing the privacy discourse: Consumer information gathering as surveillance» *Journal of Technology Law and Policy*, February 2002, Vol. 7, p. 29 y s.
- KASTL, Katrin, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Der Prozess seiner Anerkennung als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB*, Aktiv Druck & Verlag, Ebelsbach, 2004, ISBN: 3-932653-17-3".

- KESSLER, Frederick R., «A Common Law for the Statutory Era: The Right of Publicity and New York's Right of Privacy Statute» *Fordham Urban Law Journal*, 1986, Vol. 15, Issue 4, Article 3, p. 951-997.
- KATZ, Jay, *The Silent World of Doctor and Patient*, The Free Press, New York, 1984, ISBN: 0029187605.
- The Silent World of Doctor and Patient: With a new foreword by Alexander Morgan Capron*, John Hopkins University Press, Baltimore, Ma., 2002, John Hopkins Paperbacks editions, ISBN: 0-8018-5780-5.
- «Informed Consent - A Fairy Tale?» *Law's Vision, University of Pittsburgh Law Review*, Winter 1977, Vol. 39, Nr. 2, p. 137-174.
- KATZENMEIER, Christian, *Arzthaftung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, Jus Privatum, 62: Beiträge zum Privatrecht, ISBN: 3-16-147681-6.
- KEYSSNER, Hugo, *Das Recht am eigenen Bilde*, Guttentag, Berlin, 1896.
- «Zum Schutz des Rechts am eigenen Bilde», en *Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages*, Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1902, Band I, p. 72-85.
- KILIAN, Wolfgang «Germany», en RULE, James B.; GREENLEAF, Graham, *Global Privacy Protection: The First generation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, M.A., USA, 2010, ISBN: 978-1-84980-31-8, p. 80-106.
- KILLIAN, Johnny H.; COSTELLO, George A.; THOMAS, Kenneth R. (Co-editors) (Prepared by the Congressional Research Service Library Of Congress. David M. ACKERMAN, Henry COHEN, Robert MELTZ, Contributors.) *The Constitution of the United States of America: Analysis and interpretation. Analysis of cases decided by the Supreme Court of the United States to June 28, 2002*, U.S. Government Printing Office, Washington, 2004.
- KIRBY, Michael D., «Transborder Data Flows and the Basic Rules of Data Privacy», *Stanford Journal of International Law*, 1980, Vol. 16, p. 27-66.
- KIRKMAN, Deborah A., *Whither the Australian Press Council?: Its Formation, Function and Future*, [en línea], The Australian Press Council, Sydney, 1996 [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2014], Twentieth Anniversary Papers - Volume 2 ISBN: 0-949856-33-9. Disponible en: <<http://www.presscouncil.org.au/uploads/52321/ufiles/press-files/whither-the-australian-press-council.pdf>>.
- KIRSCH, William J., *Transborder Data Flows: A Current Review.*, International Institute of Communications, London, 1983.

- KISTERMANN, Friedrich W., «Locating the Victims: The Nonrole of Punched Card Technology and Census Work» *IEEE Annals of the History of Computing*, 1997, N° 19, vol. 2, p. 31-45.
- KLEIN, Ernst Ferdinand (Hrsg.), *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten*, Zweiter Band (Neue Auflage, [en línea], Friedrich Nicolai, Berlin; Stettin, 1794 [fecha de consulta 11 de junio de 2015], Disponible en: http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10551723_00001.html> [Bayerische StaatsBibliothek digital].
- KOHLER, Josef, «Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigentum, vom Miteigentum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht», *Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1880, 18, p. 129-478, in: *JherJb* (Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts), 18 (1880), S. 129-478.
- Das Eingenbild im Recht*, Guttentag, Berlin, 1903.
- «Das Recht an Briefen», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1893, Bd. 7, p. 94-149.
- KOMUVES, Flavio L., «We've Got Your Number: An Overview of Legislation and Decisions to Control the Use of Social Security Numbers as Personal Identifiers» *Journal of Computer & Information Law*, Spring 1998, Vol.16, Issue 3, p. 529-578.
- KOOPS, Bert-Jaap; LEENES, Ronald «"Code" and the Slow Erosion of Privacy» *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 2005, Vol. 12.
- KOZINSKI, Alex; GRACE, Stephanie, «The (continued) Assault on Privacy: a timely book review forty years in the making» *Oregon Law Review*, 2012, Vol. 90, No. 4, p. 1135-1146.
- KRAUSE, Harry D., «The Right to Privacy in Germany - Pointers for American Legislation?» *Duke Law Journal*, 1965, p. 481-530.
- KRAUSE, Peter, «Zum recht auf informationelle Selbstbestimmung - BVerfGE, 65, 1» *Juristische Schulung*, 1984, Heft 4, p. 268-275.
- KUHN, Betsy, *Prying Eyes; Privacy in the Twenty-first Century*, Twenty-First Century, Minneapolis, 2008.
- KUHN, Thomas S. (Traducción de Agustín Contin) *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de cultura económica, México; Madrid; Buenos Aires, 1975, Breviarios del Fondo de cultura económica, 213 ISBN 84-375-0046-X.
- KUTTEN, Joseph, «Radio Defamation: Libel or Slander?» *Washington University Law Review*, January 1938, Vol. 23, Issue 2, p. 262-270.

- LANE, Frederick S., *American Privacy: The 400-year History of Our Most Contested Right*, Beacon Press, Boston, 2009, ISBN: 978-0-8070-0619-1.
- LARENZ, Karl, «El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana» *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 1963, Vol. 47, Num. 7, p. 639-645
- (Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1979. Traducción sobre la 4ª edición alemana.
- LARREMORE, Wilbur, «The Law of Privacy» *Columbia Law Review*, 1912, Vol. 12, p. 693 y s.
- LARSON, Erik, *The Naked Consumer: How our private lives become public commodities*, H. Holt, New York, 1992, ISBN: 0-80501-755-0.
- LASSON, Nelson B., *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution*, The Johns Hopkins Pres, Baltimore, 1937.
- LAUDON, Kenneth C., *Dossier society: Value choices in the design of national information systems*, Columbia University Press, New York, 1986, ISBN: 0231061889.
- LAVOINNE, Yves, «Presse et vie privée au XIXe Siècle: La garantie de l'obscurité», en BAUDRY, Patrick; SORBETS, Claude; VITALIS, André, *La vie privée à l'heure des médias*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2002, ISBN: 2-86781-294-1, p. 39-48.
- LEA, Henry Charles, *Historia de la Inquisición Española: Traducción de Ángel Alcalá y Jesús Tobío. Edición y prólogo de Ángel Alcalá*, Vol. I, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1983, ISBN: 84-7392-902-3.
- LEA, Henry Charles, *Historia de la Inquisición Española: Traducción de Ángel Alcalá y Jesús Tobío. Edición y prólogo de Ángel Alcalá*, Vol. II, Fundación Universitaria Española, Madrid, 1983, ISBN: 84-7392-227-1.
- LEE, Robert A., *Orwell's Fiction*, University of Notre Dame Press, London, 1969.
- LEPSIUS, Oliver, (Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal alemana», *Historia Constitucional* [en línea], 2008 [Fecha de consulta: 25 de febrero de 2010], 9. Disponible en: <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/152/136>>.
- LESMES SERRANO Carlos (Coord.), *La Ley de protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

- LEVER, Annabelle, *On Privacy*, Routledge, New York, 2012, ISBN: 978-9-415-39569-4.
- LEVITAN, Kathrin, *A Cultural History of the British Census: Envisioning the Multitude in the Nineteenth Century.*, Palgrave Macmillan., New York, 2011, Palgrave Studies in Cultural and Intellectual History, ISBN: 978-0-230-11937-6.
- LEVITSKY, Serge L., *Copyright, Defamation and Privacy in Soviet Civil Law*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 1979, Law in Eastern Europe, N° 22 (I) ISBN: 90-286-0139-2.
- LEWIS, Peter (Traducción de Joaquín Bochaca; Introducción de José Luis Alcofar Nassaes) *George Orwell: el camino a 1984*, El Nuevo Arte Thor, Barcelona, 1984, ISBN: 84-7327-085-1".
- LIBRARY OF CONGRESS, *Journals of the Continental Congress 1774-1789: Edited from the original records in the Library of Congress by Worthington Chauncey Ford, Chief, Division of Manuscripts*, Volume II. 1775, May 10-September 20, Government Printing Office, Washington, 1905.
- LIBRARY OF CONGRESS, (Edited from the original records in the Library of Congress by Gaillard Hunt, Chief, Division of Manuscripts) *Journals of the Continental Congress 1774-1789*, Volume XXIII. 1782, August 12-December 31, Government Printing Office, Washington, 1914.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, *Presupuestos constitucionales de la protección de datos personales*, en SOSA WAGNER Francisco, (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ISBN: 84-8442-099-X, p. 1053-1072.
- LINDNER, Rudolf; WOHAK, Bertram; ZELTWANGER, Holger, *Planen, entscheiden, herrschen: Vom Rechnen zur elektronischen Datenverarbeitung.*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1984, ISBN: 3-499-17715-3.
- LIPPMANN, Karl Georg, «Der Schutz des Privatgeheimnisses» *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1.August 1912, Jahr. XVII, Nr 15, S. 881-886.
- «Vom Recht an Briefen» *Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung*, 1. Juli 1912/15. Juli 1912, Band 77, Nr. 13/14, S. 299-315 y Nr. 15, S. 361-366.
- LLOYD, Ian J., *Information Technology Law*, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 1997, ISBN: 0-406-91489-3
- LONG, Edward V. (With a Foreword by Vice-President Hubert H. Humphrey) *The intruders: The invasion of privacy by government and industry*, Praeger, Washington D.C., 1967.

- LÓPEZ GARRIDO, Diego, «El proyecto de Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: La excepcionalidad como norma», *Jueces para la democracia*, 1991, Nº 13, p. 17-21.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, «Algunas notas sobre el desarrollo de la doctrina constitucionalista española», *Revista catalana de dret públic*, 2010, núm. 41, p. 85-116.
- LOSANO, Mario G. (Traducción de Manuel Carrera), «Los Proyectos de Ley italianos sobre la protección de Datos personales», en PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica: Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla los días 5 y 6 de marzo de 1986*, Tecnos-Fundación cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, ISBN 84-309-1407-02.
- «Los orígenes del “Data Protection Act” inglesa de 1984», en LOSANO, Mario G.; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; GUERRERO MATEUS, M^a Fernanda, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 9-60.
- LOSANO, Mario G.; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; GUERRERO MATEUS, M^a Fernanda, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 9-60.
- LORTZ, Joseph, *Historia de la Iglesia en la perspectiva de la historia del pensamiento*, II, Edad Moderna y Contemporánea, Cristiandad, Madrid, 1982, ISBN: 84-7057-310-1.
- LOVELL, Colin Rhys, «The “Reception” of Defamation by the Common Law» *Vanderbilt Law Review*, 1962, 15, n. 4, p. 1051-1071.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, Temas clave de la Constitución Española ISBN: 84-309-1937-6.
- «La protección de los datos personales ante el uso de la informática», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1989, Monográfico Nº 15, Diez años de desarrollo constitucional: estudios en homenaje del profesor Don Luis Sánchez Agesta.
- «La construcción del derecho a la autodeterminación informativa» *Revista de estudios políticos* (Abril-Junio 1999), n. 104, p. 35-60.
- «Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales» *Revista vasca de administración pública*, 2000, nº 58(II), Septiembre-Diciembre, p. 211-241.

- LUCAS VERDÚ, Pablo, «El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo: La ideología constitucional del profesor Gardía de Enterría», *Revista de Derecho Político*, Primavera 1982, Núm. 13, p. 7-52.
- LUEBKE, David Martin; MILTON, Sybil, «Locating the Victim: An Overview of Census-Taking, Tabulation Technology, and Persecution in Nazi Germany» *IEEE Annals of the History of Computing*, 1994, N° 16, vol. 3, p. 25-39.
- LUSKY, Louis, «Invasion of Privacy: A clarification of concepts» *Columbia Law Review*, 1972, Vol. 72, p. 694-710.
- LUTZ, Heinrich, *Reforma y Contrarreforma: Europa entre 1520 y 1648*, Alianza, Madrid, 2009, ISBN: 978-84-206-8388-1.
- LYON, David (Versión española de Jesús Alborés) *El ojo electrónico: El auge de la sociedad de la vigilancia*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, ISBN: 84-206-6404-9.
- Surveillance society: Monitoring everyday life.*, Buckingham; Philadelphia, PA, 2001, Issues in society, ISBN: 0-335-20546-1.
- Surveillance Studies: An Overview.*, Polite Press, Cambridge; Malden, MA, 2007, ISBN: 978-07456-3591-0.
- LYON, David (ed.) *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk and Automated Discrimination*, Routledge, London, 2003, ISBN: 0-415-27873-2.
- LYON, David; ZUREIK, Elia (ed.), *Computers, Surveillance & Privacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, MN, 1996, ISBN: 0-8166-2652-9.
- MACLIN, Tracey, «The Central Meaning of the Fourth Amendment» *William & Mary Law Review*, 1993, Vol. 35, Issue 1, Article 7, p. 197-249.
- MacDOWELL, Gary L. «The Perverse Paradox of Privacy», en BORK, Robert H. (ed.), *A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, Hoover Institution Press, Stanford University, Stanford, 2005, ISBN: 0-8179-4601-2, p. 57-84.
- MADEC, Alain, (Traducción de Adolfo Santodomingo Garachana. Con la colaboración de Pierre Lecreq), *El mercado internacional de la información: Los flujos transfronterizos de informaciones y datos*, Fundesco/Tecnos, Madrid, 1984, ISBN: 84-309-1076-X.
- Les Flux transfrontières de données: Vers une économie internationale de l'information?*, La Documentation Française, Paris, 1982, ISBN: 2-11-000857-1.

- MADISON, James H., «The Evolution of Commercial Credit Reporting Agencies in Nineteenth-Century America», *The Business History Review*, Summer, 1974, Vol. 48, No. 2, p. 164-186.
- MADGWICK, Donald, *Privacy Under Attack*, National Council for Civil Liberties, London, 1968.
- MADRID CONESA, Fulgencio, *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984, ISBN: 84-600-3386-4.
- MAEHLE, Andreas-Holger, «Ärztlicher Eingriff und Körperverletzung: Zu den historisch-rechtlichen Wurzeln des Informed Consent in der Chirurgie, 1892-1940» *Würzburger medizinhistorische Mitteilungen*, 2003, 22, p. 178-187.
- MALL, Laura Lee, «The Right to Privacy in Great Britain: Will Anti-Media Sentiment Compel Great Britain To Create a Right to Be Let Alone?», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Spring 1998 p. 785-805, .
- MALLMANN, Otto (Mit eine Studie zum Datenschutz im Bereich von Kreditinformationssystemen von Otto Mallmann) *Zielfunktionen des Datenschutzes: Schutz der Privatsphäre, korrekte Information*, Metzner, Frankfurt am Main, 1977, ISBN: 3-7875-3006-1.
- «[Kommentar zum] § 32», en SIMITIS, Spiros; DAMMANN, Ulrich; MALLMANN, Otto; REH, Hans-Joachim, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1978, p. 822-843.
- MARCO MOLINA, Juana, «Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del Derecho de autor», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, Vol. 47, N° 1, p. 121-208.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.); GONZÁLEZ ALONSO, Luis N. (coor.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, ISBN: 978-84-96515-80-2.
- MARKOFF, John, «Chapter 19: Images of the King at the Beginning of the Revolution», en SHAPIRO, Gilbert; MARKOFF, John, *Revolutionary demands*, Stanford University Press, Stanford, 1998, ISBN 978-0-8047-2669, p. 369-376.
- MARKOFF, John, «Chapter 20: Peasants Protest: The Claims of Lord, Church and State in the Cahiers de Doléances», en SHAPIRO, Gilbert; MARKOFF, John, *Revolutionary demands*, Stanford University Press, Stanford, 1998, ISBN 978-0-8047-2669, p. 377-410.
- MARKS, M. S., «Damages for Defamation by Radio» *Chicago-Kent Law Review*, March 1947, Vol. 25, Issue 2, Article 3, p. 142-149.

- MARÍN CORBERA, Martí, «La gestación del Documento Nacional de Identidad: un proyecto de control totalitario para la España Franquista», en NAVAJAS ZUBELDÍA, Carlos; ITURRIAGA BARCO, Diego (ed.), *Novísima*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2010, ISBN 978-84-693-6557-1, p. 323-338.
- MARTENS, Wolfgang; HÄBERLE, Peter; BACHOF, Otto; BROHM, Winfried, 30. *Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971*, De Gruyter, Berlin; New York, 1972, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrL) ISBN: 3-11-004223-1.
- MARTIN, Andrew, «Written Communications», en ROBERTSON, A.H., *Privacy and Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1973, ISBN: 0-7190-0523-X, p. 95-106.
- MARTIN, Lucien, «Le secret de la vie privée» *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1959, p. 225-235.
- MARTIN, Klaus, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, Dr. Kovac, Hamburg, 2007, ISBN: 3830031726.
- MARTIN, Marc-Oliver, *Publizistische Freiheit und Persönlichkeitsschutz: Zu den Grenzen der Verwertbarkeit realer Biografien*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2008, ISBN: 978-3-940344-48-9.
- MARTÍN PALLÍN, Jose Antonio, «El documento nacional de identidad como identificador universal» *Actualidad Informática Aranzadi*, Julio de 2001, Núm. 40, p. 2.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio; LÓPEZ GARRIDO, Diego, «La informática: un riesgo incontrolado: Texto articulado sobre la Ley para la Protección de los derechos y libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones (Asociación Pro Derechos Humanos Noviembre 1987)» *Revista Vasca de Administración Pública*, Enero-Abril 1988, N. 20, p. 203-220.
- MARTÍN RETORTILLO, Cirilo, «Sumarias consideraciones sobre el derecho al nombre», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1927, Vol. 76, Nº 150, p. 805-823
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, «Comentario al artículo 8», en MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.); GONZÁLEZ ALONSO, Luis N (coor.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, ISBN: 978-84-96515-80-2, p. 224-243.

- MARTÍNEZ CUADRADO, Alberto; ALVAREZ CONDE, Miguel; FERNÁNDEZ SARASOLA, Enrique; PÉREZ CALVO, Ignacio, «Actas de la Jornada sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional. Comisión sobre aspectos históricos, metajurídicos en general y de Derecho Comparado referentes al Derecho Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, 2008, Número 21, p. 108-129.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, (Prólogo de Eduardo Espín Templado), *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, 1ª, Thompson/Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2004, Estudios de Protección de Datos, ISBN: 84-470-2280-3.
- MARX, Gary T., «The Surveillance Society: The threat of 1984-style techniques» *The Futurist*, June 1985, p. 21-26.
- Undercover: Police Surveillance in America*, University of California Press, Berkeley; Los Angeles; London, 1988, ISBN: 0520062868.
- MASON, Alpheus Thomas, *Brandeis: A Free Man's Life*, The Viking Press, New York, 1946.
- MAY, Christopher, *The information society: A sceptical view*, 1ª, Polity Press/Blackwell Publishers, Cambridge, 2002.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, «Generational development of data protection in Europe», en AGRE, Philip E.; ROTENBERG, Marc (ed.), *Technology and Privacy: The new landscape*, MIT Press, Cambridge, MA, 1998, ISBN 9780262511018, p. 219-241.
- MCCARTHY, Thomas, *The Rights of Publicity and Privacy*, Volume 1, West, Saint Paul, Minn., 2000, ISBN: 0836614305.
- McCONNELL, Michael W., «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion» *Harvard Law Review*, May 1990, Vol. 103, No. 7, p. 1409-1517.
- McINNIS, Thomas N, *The Evolution of the Fourth Amendment*, Lexinton, Plymouth, 2010, ISBN 978-0-7391-2976-0.
- MCKEON, Michael, *History of Domesticity: Public, Private and the Division of Knowledge*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2005, ISBN 08018-8220-6.
- McLAREN, Angus, *Sexual Blackmail: A Modern History*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2002, ISBN: 0-674-00924-X.
- MCLAUGHLIN, Andrew C., *A Constitutional History of the United States*, Appleton-Century, Nueva York-Londres, 1935.

- MEISTER, Herbert, «Das Schutzgut des Datenrechts» *Datenschutz und Datensicherung*, 1983, Vol. 7, No. 3, p. 163-180.
- MENSEL, Robert, «Kodakers Lying in Wait: Photography and the Right to Privacy in New York, 1885-1915», *American Quarterly*, 1991, Vol. 43 No. 1, p. 24-45.
- MERRYMAN, John Henry, (Traducción de Carlos Sierra), *La tradición jurídica romano-canónica*, 2ª reimpresión de la 1ª edición en lengua española, Fondo de Cultura Económico, México, 1980.
- MEYERS, Jeffrey (Traducción de Mª Dulcinea Otero) *Orwell: La conciencia de una generación*, 1ª, Vergara, Barcelona, 2002, ISBN: 84-666-1038-3.
- MICHAEL, Donald N., «Speculations on the relation of the computer to individual freedom and the right to privacy», *George Washington Law Review*, 1964-1965, N. 22, p. 270-286.
- MILL, John Stuart (Traducción de Pablo de Azcárate) *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, 1984, Los grandes pensadores, 26 ISBN: 84-7291-626-X.
- MILLER, Arthur R., *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Mi., 1971, ISBN: 0-472-65500-0.
- MILLER, Margaret (ed.), *Credit Reporting Systems and the International Economy*, MIT Press, Cambridge, Massachussets, 2003, ISBN: 0-262-13422-5.
- MINC, Alain; NORA, Simon, *L'informatisation de la société*, La Documentation française, Paris, 1978, ISBN: 2020049740.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado: La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de Internet» *Revista de Sociales y Jurídicas*, 2007, N°. 2, (Ejemplar dedicado a: Las Nuevas Tecnologías), págs. 103-155, ISSN-e 1886-6611.
- MOMMSEN, Hans, *Beamtentum im Dritten Reich: Mit ausgewählten Quellen zur nationalsozialistischen Beamenpolitik*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1966.
- MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: Privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, ISBN: 84-233-1308-5.
- MORTATI, Costantino, *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, ISBN: 8425911389.
- MOSELEY, Mabot, *Irascible Genius: A Life of Charles Babbage, Inventor*, London, 1964, Hutchinson.

- MOTT, Frank Luther, *American Journalism: A History: 1690-1960*, 3rd. Ed, MacMillan, New York, 1962.
- MÜLLER, Friedrich, (Einleitung, Übersetzung ins Kastilische und Glossar von Salvador Gómez de Arteché y Catalina. Introducción, traducción y glosario de Salvador Gómez de Arteché y Catalina.), *Arbeitsmethoden des verfassungsrechts. Métodos de trabajo del Derecho constitucional/Fundamentación general de una concepción e los métodos en el trabajo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MÜLLER, Thomas, «Das Geheimnis und das Bankkündengeheimnis» *Jusletter*, [en línea], 3. Mai 2010 [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2015], Disponible en: <http://www.prolege.ch/modul/media/docs/dokumente/20100503_Jusletter_Thomas_Mueller_Das_Geheimnis_um_das_Bankkündengeheimnis.pdf>.
- MUMFORD, Lewis, (Versión española de Constantino Aznar de Acevedo), *Técnica y civilización*, Alianza Editorial, Madrid, 1971, ISBN: 84-206-2011-4.
- MUSTONEN, Juha, *The World's First Freedom of Information Act: Anders Chydenius' Legacy Today*, [en línea], Anders Chydenius Foundation, Kokkola, 2006 [Fecha de consulta: 17 de abril de 2015], Anders Chydenius Foundation's Publications, 2 ISBN 952-99519-3-0. Disponible en <http://www.chydenius.net/pdf/worlds_first_foia.pdf>.
- MURRAY, Peter M., «The history of informed consent», *The Iowa Orthopaedic Journal*, 1990, Vol. 10, p. 104-109.
- NEIER, Aryeh, *Dossier: The Secret Files They Keep on You*, Stein and Day, New York, 1975, ISBN: 0-81281-720-6.
- NERSON, Roger, «La protection de l'intimité» *Journal (belge) des Tribunaux*, 20 décembre 1959, p. 713 y s.
- «La protection de la vie privée en droit positif français» *Revue internationale de droit comparé*, 1971, Vol. 23, No. 4, p. 737-764.
- (Préface de M. P. Roubier, R. Pichon et R. Durand) *Les droits extrapatrimoniaux*, Auzias, Paris, 1939.
- NEUNHOEFFER, Friederike, *Das Presseprivileg im Datenschutzrecht: Eine rechtsvergleichende Betrachtung des deutschen und des englischen Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 146 ISBN: 3-16-148682-X.
- NEUT, Edouard Amand, *La Constitution belge: Expliquée par le Congrès national, les Chambres, et la Cour de cassation, ou compte-rendu des débats qui ont eu lieu sur*

- cette loi suprême, suivi des arrêts rendus en matière constitutionnelle par la Cour de cassation de Belgique*, C. Annoot-Braeckman, Gand, 1842.
- NIETO, Alejandro, *El mito de la Administración Prusiana*, Universidad de Sevilla; Instituto García Oviedo, Sevilla, 1962.
- NIMMER, Melville B., «The right of publicity» *Law and contemporary problems*, Spring 1954, Vol 19, p. 203-222.
- NISSENBAUM, Helen, «Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public» *Law and Philosophy*, November 1998, vol. 17, 5-6, p. 559-596.
- NIZER, Louis, «Right of Privacy: A Half Century's Developments» *Michigan Law Review*, 1941, Vol. 39, Issue 4, p. 526-596.
- NOIRIEL, Gérard, *La tyrannie du national: Le droit d'asile en Europe, 1793-1993*, Calmann-Levy, Paris, 1991, ISBN 2-7021-1980-8.
- NOLDIN, H., *De Sacramentis: Scholarum usui accommodaverat*, Editio XXIII, Oeniponte; Rauch, Ratisbona; Roma; Nueva York, 1935.
- NORA, Simón; MINC, Alain, *La informatización de la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1981, Colección Popular, 204, ISBN: 9681607872.
- NORRIS, James D., *R.G. Dun and Co 1841-1900: The Development of Credit-Reporting in the Nineteenth Century*, Wesport. Con., 1978, The Greenwood Press.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información: Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979, ISBN: 968-23-0384-2.
- NOVOTNY, Eric J., «Transborder Data Flow Regulation Technical Issues of Legal Concern», *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, 1981, Vol. 3, Issue 1, p. 105-124.
- «Transborder Data Flows: A Bibliography;», *Stanford Journal of International Law*, 1980, Vol. 16, p. 181-200.
- «Transborder Data Flows and International Law: A Framework for Policy Oriented Inquiry», *Stanford Journal of International Law*, 1980, Vol. 16, p. 141-180.
- O'BRIEN, Denis, «The Right to Privacy» *Columbia Law Review*, 1902, Vol. 2, p. 437 y s.
- O'HARROW, Jr., Robert, *No place to hide*, Free Press, New York, 2005, ISBN: 0-74325-480-5.

- OLEGARIO, Rowena, «Credit Reporting Agencies: A Historical Perspective», en MILLER Margaret, (ed.) *Credit Reporting Systems and the International Economy*, MIT Press, Cambridge, Massachussets, 2003, p.115-159.
- OLIVA, Andrés de la; FERNÁNDEZ, Miguel Angel, *Derecho Procesal Civil*, II, 3ª, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Septiembre 1992.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2008.
- OLSHAUSEN, Th., «Das Recht am eigenen Bilde» *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts*, 1902, Jg. 46, S. 492-509.
- O'REGAN, Gerard, *A brief history of computing*, 2nd. ed., Springer, London, 2012, ISBN: 978-1-4471-2358-3.
- ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Flujo internacional de datos: Recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de septiembre de 1980, por la que se formulan directrices en relación con el flujo internacional de datos personales y la protección de la intimidad y las libertades fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1982, Documentación informática. Serie amarilla, Tratados internacionales; n. 2 ISBN: 84-7471-052-9.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files [E/CN/4/1990/72]*, [en línea], 20 de febrero de 1990 [Fecha de consulta: 21 de abril de 2015], Disponible en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G90/107/08/PDF/G9010708.pdf?OpenElement>>.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Recommendation of the Council concerning Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, [en línea], 23 September 1980 [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014], Disponible en: <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>>.
- (Edited for the OECD by Hans-Peter Gassmann), *Transborder data flows: Proceedings of an OECD conference held December 1983*, North-Holland/Elsevier, Amsterdam; New York, 1985, ISBN: 0444877002.
- Transborder data flows and the protection of privacy/Les flux de données transfrontières et la protection des libertés individuelles* Proceedings of a symposium held in Vienna, Austria, 20th-23rd September 1977/ Compte rendu d'un

- colloque qui a eu lieu à Vienne, Autriche, du 20 au 23 septembre 1977*, OECD, Paris, 1979, ISBN: 926401926X.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio, *Derecho a la intimidad e informática: (tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales)* Comares, Granada, 1994, ISBN: 84-8151-063-7.
- «El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)», *Derecho privado y Constitución*, Nº 2, 1994, p. 305-332.
- ORWELL, George (Traducción de Rafael Vázquez Zamora) 1984, 6ª ed., Destino, Barcelona, 1984, Destinolibro ISBN: 84-233-0983-5.
- OSMAN, Hana, «History and development of the doctrine of informed consent», *The International Electronic Journal of Health Education*, 2001, Vol 4, p. 41-47.
- OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, «La evolución del telégrafo en España, 1800-1936», 1900-1936, en BAHAMONDE MAGRO, Ángel (dir); MARTÍNEZ LORENTE, Gaspar; OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, *Las comunicaciones en la construcción del Estado contemporáneo en España. 1700-1936*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, Madrid, 1993, ISBN: 84-7433-949-9, p. 123-188.
- «El sistema de comunicaciones en la España de 1900», en BAHAMONDE MAGRO, Ángel; MARTÍNEZ LORENTE, Gaspar; OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, *El Palacio de Comunicaciones. Un siglo de historia de Correos y Telégrafos*, Correos y Telégrafos/Editorial Lunweg, Madrid, 2000, ISBN: 84-7782-758-3.
- OXLEY, B.T, *George Orwell*, Evans Brothers, London, 1976.
- PACKARD, Vance, *The naked society*, David McKay, New York, 1964.
- PAGANO, Marco; JAPPELLI, Tullio, «Information Sharing in Credit Markets» *J Finance*, December 1993, vol. 48, Nº 5, p. 1693-1718.
- PAEZ MAÑÁ, Jorge; TRIVIÑO ACUÑA, Eva, «Flujo internacional de información», *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, 1994, Nº 4, Monográfico II Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, p. 569-578.
- PALAZZI, Pablo Andrés, *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad (Argentina, América Latina, Estados Unidos, y la Unión Europea)*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- PALOMINO, Rafael, *Derecho a la intimidad y religión: La protección jurídica del secreto religioso*, Comares, Granada, 1999, ISBN: 84-8151-868-9.

- PAPER, Lewis J., *Brandeis: An Intimate Biography of Supreme Court Justice Louis D. Brandeis*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1983, ISBN: 0-13-081299-4.
- PARENTI, Christian, *The soft cage: Surveillance in America from slave passes to the war on terror*, Basic Books, New York, 2001, ISBN 0-465-05484-6.
- PARKER, Richard B., «A definition of Privacy» *Rutgers Law Review*, 1973-1974, Vol. 27, p. 275-296.
- PASDERMADJIAN, H., (Prólogo de André Siegfried), *La segunda revolución industrial*, Tecnos, Madrid, 1960.
- PEGORARO, Lucio (Traducción: Daniel Berzosa López), «El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado», *Revista de Estudios Políticos*, Abril-Junio 2001, (Nueva Época). Núm. 112, p. 9-26.
- PEMBER, Don R., *Privacy and the Press: The Law, the Mass Media, and the First Amendment*, University of Washington Press, Washington, 1972, ISBN: 0295951524.
- PÉREZ, Joseph, *Crónica de la Inquisición en España*, Martínez Roca, Barcelona, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Cibernética, informática y derecho: (un análisis metodológico)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.
- «Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, noviembre-diciembre 1981, N° 24 (nueva época) p. 31-53.
- «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978» *Revista de Estudios Políticos*, mayo-junio 1979, N° 9 (nueva época) p. 59-71.
- «La tutela de la libertad informática» en REGISTRO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Catálogo de Ficheros 2002*, [CD-ROM], [Madrid], [2002], [«Publicaciones»].
- «La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada» *Isegoría*, 2000, 22, p. 59-68.
- Los derechos fundamentales*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, Temas clave de la Constitución española.
- Los derechos humanos en la sociedad tecnologica*, Universitas, Madrid, 2012, ISBN: 9788479913731.
- Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en LOSANO, Mario G.; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique; GUERRERO MATEUS, Mª Fernanda, *Libertad*

- informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 9-60.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique (ed.), *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica: Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla los días 5 y 6 de marzo de 1986*, Tecnos-Fundación cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, ISBN 84-309-1407-02.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio, «La protección del honor y la fama en el Derecho histórico español», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 1991, nº 11, p. 117-156.
- PÉREZ PRADOS (y otros), Antonio, *Jornadas sobre la protección de la privacidad. Telecomunicaciones e Internet. Pamplona, 22 y 23 de junio de 2000*, Agencia de Protección de Datos/Universidad Pública de Navarra, Madrid, Pamplona, 2001.
- PÉREZ ROYO, Javier, (Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán), *Curso de Derecho Constitucional*, 11ª ed., Marcial Pons, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, 2007.
- PERNICK, Martin S, «The Patient's role in medical decisionmaking: A social history of informed consent in medical therapy», en PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *Making Health Care Decisions*, Volume Three: Appendices (Studies on the Foundations of Informed Consent) U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1982, p. 1-35.
- PERREAU, E.H., «Des droits de la personnalité» *Revue trimestrielle de droit civil*, 1909, p. 501 y s.
- PETERSEN, Jens, *Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, ISBN: 3-16-148543-2.
- PHILLIPSON, Gavin, «Transforming Breach of Confidence?: Towards a Common Law Right of Privacy under the Human Rights Act» *The Modern Law Review*, September 2003, Volume 66: Issue 5, p. 726-758.
- PIAZZA, Pierre, *Histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, Paris, 2004, ISBN: 2-7381-1406-7.
- PIÑAR, José Luis, «Protección de datos: Origen, situación actual y retos de futuro» en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo; PIÑAR MAÑAS, José Luis, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, Madrid, 2009, ISBN: 978-84-613-3470-4, p. 81-179.
- PIÑOL I RULL, Juan Lluís; ESTADELLA YUSTE, Olga «La regulación del flujo internacional de datos», en RIPOL I CARULLA, Santiago (coord.), *La protección*

de los datos personales: Regulación nacional e internacional de la seguridad informática, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, ISBN: 84-393-2654-8, p. 75-91.

PIO XII, *Discurso de Su Santidad Pío XII a los participantes en el XIII Congreso Internacional de Psicología Aplicada: Sobre el respeto de la intimidad de la persona*, [en línea], 10 de abril de 1958, Disponible en: https://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1958/documents/hf_p-xii_spe_19580410_psicologia-applicata.html [En Sitio web oficial del Vaticano].

PLANS, J.J., *La literatura de ciencia-ficción*, Editorial Prensa Española, Madrid, 1975.

PLESSER, Ronald L., «Issue of Data Flow Across National Borders Must Be Faced», *ABA Banking Journal*, February 1982, Vol. 74 Issue 2, p. 71-78.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas, *A Concise History of the Common Law*, Fifth ed., Little, Brown and Co, Boston, 1956.

POETZSCH-HEFFTER, Fritz, *Handkommentar der Reichverfassung vom 11 August 1919: Ein handbuch für Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 3 auflage, Otto Liebmann, Berlin, 1928.

POHLE, Jörg, «Die immer noch aktuellen Grundfragen des Datenschutzes», en GARSTKA, Hansjürgen; COY, Wolfgang (Hg.), *Wovon - für wen - wozu. Systemdenken wider die Diktatur der Daten*, Helmholtz-Zentrum für Kulturtechnik/Helmholtz-Zentrum für Kulturtechnik, Humboldt-Universität zu Berlin, 2014, p. 44-58 .

POST, Robert, «Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property and Appropriation» *Case Western Reserve Law Review*, 1991, Vol. 41, p. 647 y s..

POST, Robert C., «The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort» *California Law Review*, 1989, Vol 77, p. 957 y s..

POST, Robert C., «Three Concepts of Privacy» *The Georgetown Law Journal*, 2001, Vol 89, p. 2087-2098.

POULLET, Yves; VAN GYSEGHEM, Jean-Marc; MOINY, Jean-Philippe; GÉRARD, Jacques; GAYREL, Claire, *Data Protection in the Clouds*, en GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; LEENES, Ronald, *Computers, Privacy and Data Protection: An Element of Choice*, Springer, Dordrecht, 2011, ISBN: 9400706405, p. 377-410.

POUND, Roscoe, «Interest of Personality» *Harvard Law Review*, February 1915, Vol XXVIII, p. 343-365.

- PRANTL, Heribert, «*Spiros Simitis – “Datenschutz muss auch im Internet greifen”*», *Süddeutsche.de* [edición digital del *Süddeutsche Zeitung*], [entrevista, en línea], 17 de mayo de 2010 [fecha de consulta 24 de noviembre de 2013], Disponible en: <<http://www.sueddeutsche.de/digital/spiros-simitis-datenschutz-muss-auch-im-internet-greifen-1.479161-2>>.
- PRATT, Walter F., *Privacy in Britain*, Associated University Presses, Cranbury, NJ, 1979, ISBN: 0-8387-2030-7.
- PRESS COUNCIL, *Privacy, Press and Public*, Press Council, London, 1971.
- PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús María, «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (I) », *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1 de septiembre de 2004, Núms. 1971-1972, p. 3119-3146.
- «Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (y II)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 15 de septiembre de 2004, Núms. 1973, p. 3117-3137.
- PROFFATT, John, «The Law of Newspaper Libel», *The North American Review*, 1880, Vol. 131, p. 109-127.
- PROSSER, William L., «Privacy» *California Law Review*, August 1960, Vol. 48, No. 3, p. 383-423.
- PUENTE ESCOBAR, Agustín, «Breve descripción de la evolución histórica y del marco normativo internacional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal», en PIÑAR MAÑAS. José Luis (Dir.), *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica: (II Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, La Antigua -Gutemala 2-6 de junio de 2003)* Agencia Española de Protección de Datos/Tirant lo Blanc, Valencia, 2006, ISBN: 84-8456-578-5, p. 37-67.
- PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal*, IV, 6ª, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, Tomo I, Vol. II, 2ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, «Precomprensión y jurisprudencia», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 2002, N°. 47, Ejemplar dedicado a: Derecho, historicidad, lenguaje), p. 391-416.
- RAVEN, James, «Booksellers in Court: Approaches to the Legal History of Copyright in England Before 1842» *Law Library Journal*, 2012-13, Vol. 104. 1, p. 115-134.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 2001, Diccionarios Espasa ISBN 9788423968145.

Diccionario de la lengua española [23ª ed.], [en línea] Real Academia Española, Madrid, 2015 [Fecha de consulta: 9 de octubre de 2015].

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, «La imagen como dato» *Anuario de la Facultad de Derecho [de la Universidad de Alcalá de Henares]*, 2009, Nº. 2, p. 177-201, ISSN-e 1697-5723, ISSN 1888-3214.

REGAN, Priscilla, *Legislating Privacy: Technology, Social Values & Public Policy*, University of North Carolina Press, Chapel Hill; London, 1995, ISBN: 0-8078-2226-4.

REILLY, Patrick, *George Orwell: The Age's Adversary*, Macmillan, London, 1988.

REINHARDT, Rudolf, «Das “Lebensbild” und der Schutz der Persönlichkeit im modernen Privatrecht», en EVERS, Hans-Ulrich [Hrsg.], *Persönlichkeit in der Demokratie*, Hanstein, Köln, Bonn, 1973, ISBN: 3-7756-7700-3, p. 127-142.

RENCK, Ludwig, «Positive und negative Bekenntnisfreiheit und Glaubens- oder Rechtsstaat» *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996, Band 29, Heft 6, S. 205-206, ISSN 0372-9672, 0514-6496.

RICHARDS, Neil M.; SOLOVE, Daniel J., «Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality» *The Georgetown Law Journal*, 2007, Vol. 96, p. 123-182.

RIEKKINEN, Mariya; SUKSI, Markku, *Access to information and documents as a human right*, [en línea], Institute for Human Rights; Åbo Akademi University, Turku; Åbo, 2014 [Fecha de consulta: 17 de abril de 2015], Disponible en: <<http://formin.finland.fi/public/download.aspx?ID=136755&GUID={3C562FF0-7C91-429C-8D78-8531BA257FCB}>>.

RIETSCHER, Siegfried, «Das Recht am eigenen Bild» *Sonderdruck aus dem Archiv für die civilistische Praxis*, 1903, Bd. 94, H. 1/2 p. 142-192.

RIGAMONTI, Cyrill P., «Deconstructing Moral Rights» *Harvard International Law Journal*, Summer 2006, Vol. 47, Nr. 2, p. 353-412.

ROBERTSON, A.H., *Privacy and Human Rights: Papers by experts on an issue of growing importance given under the auspices of the European Convention of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1973, ISBN: 0-7190-0523-X.

RODOTÁ, Stefano, *Data Protection as Fundamental Right*, en GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul; DE TERWANGNE, Cécile; NOUWT, Sjaak

Reinventing Data Protection?, Springer, Dordrecht, 2009, ISBN 9781402094972. p. 77-82.

«Democracia y protección de datos», *Cuadernos de derecho público*, 2003, Nº 19-20 (Ejemplar dedicado a: Protección de datos), págs. 15-26.

Elaboratori elettronici e controllo sociale, Il mulino, Bologna, 1973.

«La “privacy” tra individuo e collettività», *Politica del Diritto*, Set.-Ott. 1974, N. 5, p. 545-563.

«Prefazione», en TROJSI, Anna, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2013, ISBN: 9788834888650, p. I-XV.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El consentimiento informado: Su evolución jurisprudencial» *Diario La Ley*, 2010, Nº 7358.

RODRÍGUEZ HERRERA, Daniel, *Ceros y unos: La increíble historia de la informática, Internet y los videojuegos*, Ciudadela, Madrid, 2011, ISBN 978-84-96836-80-8.

RODRÍGUEZ SOLANO, Joaquín, «Panorámica general sobre problemas de personal y evolución del parque informático en España, *Actas del 1er. Congreso hispano-luso de Informática*, Citema, Madrid, 1971, 1970, p. 99-107.

RODRÍGUEZ YAGUE, Manuel, *Un Universo de Ciencia Ficción*, [Blog en línea], 2009-, Disponible en: <http://universodecienciaficción.blogspot.com.es/>.

«1943- ¡HAGASE LA OSCURIDAD! - Fritz Leiber» *Un Universo de Ciencia Ficción*, 29 de diciembre de 2014 [Fecha de consulta: 3 de agosto de 2015], Disponible en: <http://universodecienciaficción.blogspot.com.es/2014/12/en-1973-arthur-c.htm> en RODRÍGUEZ YAGUE, Manuel, *Un Universo de Ciencia Ficción*, [Blog en línea], 2009-.

«1949- 1984 - George Orwell (y 2)» *Un Universo de Ciencia Ficción*, 31 de Mayo 2014 [Fecha de consulta: 3 de agosto de 2015], Disponible en: <http://universodecienciaficción.blogspot.com.es/2014/05/1949-1984-george-orwell-y-2.html>, en RODRÍGUEZ YAGUE, Manuel, *Un Universo de Ciencia Ficción*, [Blog en línea], 2009-.

«1956- PUERTA AL VERANO - Robert A. Heinlein,» *Un Universo de Ciencia Ficción*, 19 de marzo de 2014 [Fecha de consulta: 3 de agosto de 2015], Disponible en: <http://universodecienciaficción.blogspot.com.es/2014/03/1956-puerta-al-verano-robert-aheinlein.html> en RODRÍGUEZ YAGUE, Manuel, *Un Universo de Ciencia Ficción*, [Blog en línea], 2009-.

- ROGEL VIDE, Carlos, «Los bienes de la personalidad en Federico de Castro y sus coetáneos» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Enero-Marzo 2014, Tercera Época, Año XLXI, Número 1, p. 59-76.
- ROHLF, Dietwalt, *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG*, Duncker und Humblot, Tübingen, 1980, Schriften zum öffentlichen Recht, 378 ISBN: 3-428-04641-2.
- ROJAS, Raul; HASHAGEN, Ulf (ed.), *The first computers: History and architectures*, MIT Press, Cambridge, Ma., 2002, ISBN: 0-262-18197-5.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, «El derecho a la intimidad privada y su problemática (I)», *Actualidad civil*, 1989, Nº 29, Semana 17, p. 2241-2256.
- ROSE, Mark, *Authors and owners: The invention of copyright*, Third printing, Harvard University Press, [Cambridge, Ma.], 2002, ISBN 0-674-05308-7.
- «Nine-Tenths of the Law: The English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain» *Law and Contemporary Problems*, Winter/Spring 2003, Vol 66, p. 75-87, 66 (Spring). ISSN 0023-9186..
- ROSELLÓ MANZANO, Rafael (Prólogo de Carlos ROGEL VIDE) *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Reus/Aisge, Madrid, 2011, Colección de Propiedad Intelectual ISBN: 978-84-290-1673-4.
- ROSEN, Jeffrey, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, Random House, New York, 2000, ISBN: 0-679-44546-3.
- ROSENBERG, Jerry M., *The Death of Privacy*, Random House, New York, 1969.
- ROSER, Andreas; MOHRS, Thomas (Hrsg) (Herausgegeben von Andreas ROSER und Thomas MOHRS unter Mitarbeit von Frank. R. BÖRNCKE. Mit einem Vorwort von Wilhem Lütterfelds) *KANT-KONKORDANZ zu den Werken Immanuel Kants (Bände I-IX der Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften)* Band VI, Olms-Weidman, Hildesheim; Zürich; New York, 1993, ISBN: 3-487-09650-1.
- (Herausgegeben von Andreas ROSER und Thomas MOHRS unter Mitarbeit von Frank. R. BÖRNCKE. Mit einem Vorwort von Wilhem Lütterfelds) *KANT-KONKORDANZ zu den Werken Immanuel Kants (Bände I-IX der Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften)* Band I, Olms-Weidman, Hildesheim; Zürich; New York, 1992, ISBN: 3-487-09645-5.
- ROVIRA VIÑAS, Antonio, «Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación con la informática, la medicina y los medios de comunicación», *Revista de Estudios Políticos*, julio- septiembre 1992, n.º 77 , p. 259- 265.

- ROYER-COLLARD, *De la Liberté de la Presse: Discours*, Medicis, Paris, 1949, Le jardin du Luxembourg.
- ROZENBERG, Joshua, *Privacy and the Press*, Oxford University Press, 2004.
- RUBENFELD, Jed, «The Right to Privacy» *Harvard Law Review*, Vol. 12, Issue. 4, p. 737-807.
- RUBIO CARRACEDO, José, «La irrenunciable autonomía», en THIEBAUT Carlos, (ed.), *La herencia ética de la ilustración*, Crítica, Barcelona, 1991, p. 51-72.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, «En torno a la protección de los datos personales automatizados», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 84, Abr.-Jun. 1994.
- La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RUIZ Y TOMÁS, Pedro, *Ensayo sobre el derecho a la propia imagen*, Reus, Madrid, 1931.
- RULE, James B., *Private lives and public surveillance: Social control in the computer age*, Schocken, New York, 1974, ISBN: 7139 0322-8.
- SAAVEDRA FAJARDO, Diego de (Edición, introducción y notas de Francisco Javier Díez de Revenga) *Empresas políticas*, Planeta, Barcelona, 1988, ISBN: 84.320-3992-6.
- SÁIZ, María Dolores, *Historia del periodismo en España. I. Los orígenes. El siglo XVIII*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- SALDAÑA, María Nieves, «The Right to Privacy». La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de WARREN y BRANDEIS» *UNED. Revista de Derecho Político*, Septiembre-diciembre 2012, N.º 85, p. 195-240.
- SAMIEE, Saeed, «Transnational Data Flow Constraints, A New Challenge for Multinational Corporations», *Journal of International Business Studies*, 1984, Vol. 15, No.1, pp. 141-150.
- SAMUELSON, Pamela, «Privacy As Intellectual Property?» *Stanford Law Review*, Mayo 2000, N.º 52, p. 1125-1173.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan, «La regulación de los bancos de datos y la actividad bancaria» *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N.º 44, Octubre y Diciembre 1991, p. 1162-1163.
- SÁNCHEZ, Guillem; GALLEGU, Eduardo, «¿Qué es la ciencia-ficción?» *Sitio de ciencia-ficción*, [Blog en línea], 2003 [Fecha de consulta: de noviembre de 2013],

Año 17, Semana 877, Disponible en: <<http://www.ciencia-ficcion.com/opinion/op00842.htm>>.

SANCHO VILLA, Diana, *Transferencia internacional de datos personales*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 2003, Premio protección de datos personales.

SANDISON, A., *George Orwell: After 1984*, Macmillan, London, 1986.

SANMARTÍN ALCÁZAR, María Teresa, «La protección de datos: el nuevo derecho fundamental del siglo XXI», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, [en línea], Mayo-Agosto 2001, 2001, nº. 10, Mayo-Agosto, p. 115-145, Disponible en <http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496324&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491122&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica>.

SANTANA HERRERA, María Soledad, «El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», *Revista de Derecho Constitucional Comparado Europeo*, julio-diciembre 2010, Año 7, Núm. 14. p.. 427-447.

SANTOLLI, Justin, «Terrorist Finance Tracking Program: Illuminating the Sortcomings of the European Union's Antiquated Data Privacy Directive» *George Washington International Law Review*, 2008, Vol. 40, p. 553-582.

SANTOS GAONA, David, «El Registro General de Actos de última voluntad (I): (De auxiliar del Registro Hipotecario a modelo de sistema de inscripción de testamentos. Un instrumento necesario para la determinación de herederos)” *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1993, Núm. 1684, p. 4505-4526.

SANZ CALVO, Lourdes, «Artículo 6. Consentimiento del afectado», en LESMES SERRANO, Carlos (Coord.), *La Ley de protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

SASSE, Cristoph, *Sinn und Unsinn des Datenschutzes*, C.F. Müller, Karlsruhe/Heidelberg, 1976, Schriftenreihe, H. 126 ISBN: 3-8114-0094-0.

SATANOWSKY, Isidro, *Derecho Intelectual*, I, 1ª, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.

SAVIGNY, M.F.C. DE (Traducido del alemán por M.Ch. Genoux. Vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley. Prólogo de Don Manuel Durán y Bas.) *Sistema del Derecho Romano Actual*, Tomo I, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1878.

SCHACHTER, Madeleine, *Informational and Decisional Privacy*, Carolina Academic Press, Durham, NC., 2003, ISBN 0-89089-043-9.

SCHEER, Hans, *Das Bankgeheimis*, R. Noske, Leipzig, 1931.

- SCHEPELLE, Kim Lane, *Legal Secrets: Equality and Efficiency in the Common Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1988, ISBN: 0-226-73778-0.
- SCHMIDT, Hinrik; WEICHERT (Hrsg.), Jan-Thilo, *Datenschutz: Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2012, ISBN: 978-3-8389-0190-9.
- SCHMIDT, Wilhem, «Artikel 10: Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis», en UMBACH, Dieter C.; CLEMENS, Thomas (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar*, Band I. Art. 1-37 GG, C.F. Müller, Heildelberg, 2002, ISBN: 3-8114-3095-5, p. 686-734.
- SCHMITT, Carl, (Presentación de Francisco Ayala. Epílogo de Manuel García-Pelayo. Versión española de Francisco Ayala), *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpression de la 1ª edición en Alianza Textos, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1992.
- SCHNEICKERT, Hans, *Der Schutz der Photographen und das Recht am eigenen Bilde: Systematisierte Beiträge zur Revision des deutschen Photographie-Schutzgesetzes vom 10. Januar 1876*, Wilhelm Knapp, Halle, 1903.
- SCHOEMAN Ferdinand D. (ed.), *Philosophical dimensions of privacy: an antology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, ISBN: 978-0-521-25555-5.
- SCHOLLER, Heinrich, *Person und Öffentlichkeit: Zum Spannungsverhältnis von Pressefreiheit u. Persönlichkeitsschutz*, Beck, München, 1967.
- SCHUZKI-HADDOUTI Christiane (Hrsg.), *Bürgerrechte im Netz*, VS Verlag, Wiesbaden, 2003, ISBN3-8100-3872-5.
- SCHWARTZ, Bernard, *The Bill of Rights: A documentary history*, Volume 1, Chelsea House Publishers, New York, 1971.
- SCHWARTZ, Paul M.; REINDENBERG, oel R., *Data Privacy Law: A Study of United States Data Protection*, Michie, Charlottesville, Va, Michigan, 1996, ISBN: 1-55834-377-6.
- SCHIMMEL, Wolfrang; STEINMÜLLER, Wilhelm, «Rechtspolitische Problemstellung des Datenschutzes», en DAMMANN, Ulrich; KARHAUSEN, Mark; MÜLLER, Paul; STEINMÜLLER, Wilhelm, *Datenbanken und Datenschutz*, Herder & Herder, Frankfurt/Nueva York, 1974, ISBN: 3-585-32052-X, p. 111-169.
- SEED, David, «The Brave New World of Computing in Post-war American SF», en BLAZEK, William; GLENDAY, Michael K., *American Mythologies*, Liverpool University Press, Liverpool, 2005, ISBN: 0-85523-736-0, p. 168-201.
- SEIDEL, Ulrich, *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht: Unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, Schmidt, Köhl, 1972, ISBN: 3-504-06000-X.

- «Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privaten Danken» *Neue Juristische Wochenschrift*, 27.08.1970, Heft 35, p. 1581 y s..
- SEIPP, David J., *The Right to Privacy in American History*, Harvard University, [Cambridge], July 1978, Program on Information Resources Policy, P-78.
- SELMER, Knut S., *Norwegian Privacy Legislation*, en BING, Jon; SELMER, Knut S. (ed.), *A Decade of Computers and Law*, Universitetsforlaget, Oslo, 1980, ISBN: 82-00-05376-8, p. 45-58.
- SELTZER, William, «Population Statistics, the Holocaust, and the Nuremberg Trials» *Population and Development Review*, 1998, Vol. 24, Issue 3, p. 511-552.
- SEMPERE RODRÍGUEZ, César, Comentario al artículo 18 de la Constitución, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentario a las Leyes Políticas*, Vol. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 436-439.
- SHANNON, Claude, «A mathematical theory of communication» *Bell System Technology Journal*, 1948, Vol 27, p. 379-423 y 623-656.
- SHAPIRO, Fred R., «The Most-Cited Law Review Articles Revisited» *Chicago-Kent Law Review*, 1996, Vol. 71, Issue 3 Symposium on Trends in Legal Citations and Scholarship, article 3, p. 751-779.
- SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle, «The most-cited law review articles of all time», *Michigan Law Review*, June 2012, Vol. 110, p. 1483-1520.
- SHATTUCK, John, «In the Shadow of 1984: National Identification Systems, Computer-Matching, and Privacy in the United States» *A Journal of Communications and Entertainment Law*, 1984, Vol 35, Issue 6, p. 991-1005.
- SHILS, Edward, «Privacy: Its Constitution and Vicissitudes» *Law and Contemporary Problems*, 1966, Vol. 31, p. 281-306.
- SICHTERMANN, Siegfried, *Bankgeheimnis und Bankauskunft: Systematische Darstellung mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und unter Heranziehung ausländischen Rechts*, Fritz Knapp, Frankfurt am Main, 1966.
- SICHTERMANN, Siegfried, *Geschichte des Bankgeheimnisses*, Fritz Knapp, Frankfurt am Main, 1953.
- SIEGHART, Paul (Foreword by Sir Leslie Scarman) *Privacy and computers*, Latimer, London, 1976, ISBN: 901359 56 2.
- SIMITIS, Spiros, «[Kommentar zum] § 1», en SIMITIS, Spiros; DAMMANN, Ulrich; MALLMANN, Otto; REH, Hans-Joachim, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1978, p. 75-114.

25 Jahre Rheinland-Pfälzisches Datenschutzgesetz, [en línea], Sitio web oficial de, 1999 [Fecha de consulta: 2 de noviembre de 2011], Disponible en <http://www.datenschutz.rlp.de/entwicklung/vortrag_simitis.html>.

Automation in der Rechtsordnung, Möglichkeiten und Grenzen: Vortrag, C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, Schriftenreihe; 78.

«Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung: Zur problematik des Datenschutzes» *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, Heft 16, p. 673-682.

«Datenschutz - eine notwendige Utopie», en KIESOW, Raine Maria; OGOREK, Regina; SIMITIS, Spiros [Hrsg.], *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 193, ISBN: 3-465-03433-3, p. 511-528.

«Datenschutz - Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Regelung» *Datenverarbeitung im Recht*, 1973-74, Bd. 2, p. 138-189.

«Die EG-Datenschutzrichtlinie: eine überfällige Reformaufgabe», en NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg), *Festschrift für Winfried Hassemer*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, ISBN 978-3-8114-7727-8, p. 1235-1248, 11306

«Die informationelle Selbstbestimmung: Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung» *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, Heft 8, p. 398-405.

«Einleitung, en SIMITIS, Spiros; DAMMANN, Ulrich; MALLMANN, Otto; REH, Hans-Joachim, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1978, p. 47-74.

Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung, C. F. Müller, Karlsruhe, 1970.

«Privacy - An Endless Debate?» *California Law Review*, 1989, Vol. 98, p. 1989-2006.

Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, Tübingen, 1966, Mohr (Siebeck), *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, no. 322.

SIMITIS, Spiros; DAMMANN, Ulrich; MALLMANN, Otto; REH, Hans-Joachim, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, Nomos Verl.-Ges., Baden-Baden, 1978.

SIMÕES DE ALMEIDA, João Paulo, *O novo direito da sociedade de informação em Portugal- Breve enquadramento normativo*, en REGISTRO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Catálogo de Ficheros 2002*, [CD-ROM], [Madrid], [2002], [«Publicaciones»].

- SIMMEL, Arnold, «Intimidad, Esfera reservada de la», en SILLS. David L., (dir.) *Enciclopedia internacional de las ciencias sociales: Director de la edición española Vicente Cervera Tomás*, Volumen 6, 1ª ed. 1ª reimpr., Aguilar, Madrid, 1979, ISBN: 84-03-18217-I, p. 247-253.
- SZEKELY, Ivan, «Hungary», en RULE, James B.; GREENLEAF, Graham, *Global Privacy Protection: The First generation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, M.A., USA, 2010, ISBN: 978-1-84980-31-8, p. 174-206.
- SKUNCKE, Marie-Christine, «Freedom of the Press and Social Equality in Sweden, 1766-1772», en MUSTONEN, Juha, *The World's First Freedom of Information Act* [en línea], Anders Chydenius Foundation, Kokkola, 2006 [Fecha de consulta: 17 de abril de 2015], ISBN 952-99519-3-0, p. 133-144.
- SMEND, Rudolf, (Traducción de Jose Mª Beneyto Pérez), *Constitución y derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, Estudios constitucionales, ISBN 84-259-0734-9.
- SMITH, Robert Ellis, *Ben Franklin's Web Site: Privacy and Curiosity From Plymouth Rock to the Internet*, Privacy Journal, Providence, 2000, ISBN: 0-93007-214-6.
- The Law of Privacy Explained*, Privacy Journal, Providence, 1993, ISBN: 0-930072-10-3.
- Privacy. How to Protect What's Left of It*, Anchor Press, Garden City, N.Y., 1979.
- SMOSCHEWER, Fritz, «Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen und im Urheberrecht» *Archiv für Urheber-Film-Funk-und Theaterrecht*, 1930, Band 3, S. 119 y s., 229 y s., 349 y s.
- SOKOL, Bettina (Hrsg.), «Neue Instrumente im Datenschutz» [Brochure], Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf, 1999, ISSN: 0179-2431.
- SOLOVE, Daniel J., «A taxonomy of privacy» *University of Pennsylvania Law Review*, January 2006, Vol. 154, No. 3, p. 477-566.
- SOLOVE, Daniel J.; ROTENBERG, M.; SCHWARTZ, Paul M., *Privacy, Information, and Technology*, Aspen, New York, 2006, ISBN: 0-7355-6245-8.
- SORIA, Carlos, *Derecho a la información y derecho a la honra*, A.T.E., Barcelona, 1981, 84-7442-258-2.
- STANGATE, Tom, *The Victorian Internet: The Remarkable Story of the Telegraph and the Nineteenth Century's On-line Pioneers*, Walker, London, 2014, ISBN: 0802713424.

- STAPLES, William G., *Everyday Surveillance: Vigilance and Visibility in Postmodern Life*, Rowan and Littlefield, Oxford, 2000, ISBN: 0-7425-0078-0.
- STAPLES, William G. (ed.), *Encyclopedia of Privacy*, Greenwood Publishing Group, Westport, Connecticut/London, 2007, ISBN: 0-313-33477-3.
- STEINHOFF, William George, *Orwell and the Origins of 1984*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Mi, 1976.
- STEINMÜLLER, Wilhelm, *EDV und Recht: Einführung in die Rechtsinformatik*, Schweitzer, Berlin, 1970, Juristische Arbeitsblätter, JA-Sonderhefte. Bd. 6.
- Informationstechnologie und Gesellschaft: Einführung in die Angewandte Informatik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1993, ISBN: 3-534-07397-5.
- STEINMÜLLER, Wilhelm [Hrsg.], *Daten-Schutz ADV-Recht*, 1. Aufl., Stand:1, Goldmann, München, Oktober 1980, ISBN: 3-442-08056-8.
- STELZNER, Luis G., «The Fourth Amendment: The Reasonableness and Warrant Clauses» *New Mexico Law Review*, Winter 1979-80, Vol. 10, p. 33-49.
- STEPHEN, James Fitzjames, *Liberty, Equality, Fraternity*, Holt & Williams, New York, 1873.
- STERNBERG, Theodor, (Traducción de José de Rovira y Ermengol), *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Labor, Barcelona, 1930, Colección Labor.
- SWEDIN, Eric Gottfrid; FERRO, David L., *Computers: The Life Story of a Technology*, Greenwood, Westport, Co., 2005, ISBN: 0-313-33149-9.
- SWINDLER, William Finley, *Problems of law in journalism*, Macmillan, New York, 1955.
- SWIRE, Peter, «Financial Privacy and the Theory of High-Tech Government Surveillance» *Washington University Law Quarterly*, 1999, Nº 77, p. 461-512.
- SUPPES, Rainer, *Hessisches Datenschutzgesetz: Kommentar*, Deutscher Gemeindeverlag, Köln; Berlin, 1982, Kommunale Schriften für Hessen, 20, ISBN: 3-555-40059-2.
- SYKES, Charles J., *The End of Privacy: The Attack on Personal Rights at Home, at Work, On-Line and in Court*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 1999, ISBN: 978-0-312-20350-4.

- SYLVESTER, Douglas J; LOHR, Sharon, «The security of our secrets: A history of privacy and confidentiality in law and statistical practice» *Denver University Law Review*, 2005, vol. 83, 1, p. 147-207.
- SYNODINOU, Tatiana, «Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences» *Laws*, 2014, Vol. 3, Issue 2, p. 181-207, ISSN 2075-471X.
- TAMAMES, Ramón, *Utopía y contrautopía: Diez claves para 1984*, Plaza & Janés, Barcelona, 1984, ISBN: 84-01-37160-0".
- TEMIN, Peter, *Inside the Business Enterprise: Historical Perspectives on the Use of Information*, University of Chicago Press, Chicago, 1991, National Bureau of Economic Research ISBN: 0-226-79202-1.
- THAYER, Frank, *Legal control of the press*, Second edition, The Foundation Press, Brooklyn, 1950.
- THOMALE, Philipp-Christian, *Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht: Zur Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie hinsichtlich der journalistisch-redaktionellen Verarbeitung personenbezogener Daten*, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2006, ISBN: 3-8350-0582-0.
- THOMAS, Edward M., *Orwell*, Oliver & Boyd, Edinburgh & London, 1965.
- THOMPSON, Antony A., *Big Brother in Britain Today*, Michael Joseph, London, 1970.
- THOMSON, Judith Jarvis, «The Right to Privacy» *Philosophy & Public Affairs*, 1975, Vol 4, Iss. 4, p. 295-314.
- THORPE, Francis Newton, *The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, VOL. I*. United States-Alabama-District of Columbia, Government Printing Office, Washington, 1909.
- The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, VOL II*. Florida-Kansas, Government Printing Office, Washington, 1909.
- The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, VOL. II*. Florida-Kansas, Government Printing Office, Washington, 1909.
- The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of*

- America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, VOL. III. Kentucky-Massachusetts, Government Printing Office, Washington, 1909.*
- The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, VOL. IV. Michigan-New Hampshire, Government Printing Office, Washington, 1909.*
- The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, Vol. V. New Jersey-Philippine Islands, Government Printing Office, Washington, 1909.*
- The federal and state constitutions colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, Vol. VI. Porto Rico-Vermont, Government Printing Office, Washington, 1909.*
- The federal and state constitutions, colonial charters, and other organic laws of the states, territories, and colonies now or heretofore forming the United States of America: Compiled and edited under the Act of Congress of June 30, 1906, Vol. VII. Virginia-Wyoming-Index, Government Printing Office, Washington, 1909.*
- TOOZE, J. Adam, *Statistics and the German State: The Making of Modern Economic Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, ISBN: 0-521-80318-7.
- TORPEY, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, ISBN: 0-521-63249-8.
- TRAVIESAS, Manuel Miguel de las, «El derecho al nombre», *Revista de Derecho Privado*, 1929, Tomo 155, p. 201 y s.
- TRAUNMÜLLER, Roland; WIMMER, Maria A. (Hrsg.), *Informatik in Recht und Verwaltung: Gestern - Heute - Morgen.: Ehrenband Prof. Dr. Herbert Fiedler zum Achtzigsten Geburtstag*, Köllen, Bonn, 2010, Gesellschaft für Informatik: [GI-Edition/Thematics] - Lecture Notes in Informatics (LNI) T-5.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, (Versión española de Manuel Daranas) «Sentencia de 15 de diciembre de 1983: Ley del Censo. Derecho a la personalidad y dignidad humana» *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1984, Núm. 33, IV, Jurisprudencia Constitucional Extranjera, p. 126-170.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio, *La protección de datos personales en busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN: 978-84-9876-980-7.

- TROTTER HARDY, Jr., I., «Transborder Data Flow: An Overview and Critique of Recent Concerns», *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, 1983, Vol. 9, p. 247-264.
- TRUYOL SERRA, Antonio; VILLANUEVA ETCHEVERRÍA, Ramón, «Derecho a la intimidad e informática» *Documentación jurídica*, 1973, nº 318 julio-septiembre 1973.
- TURING, A.M., «On Computable Numbers, with an application to the Entscheidungsproblem» *Proceedings of the London Mathematical Society*, 1937, Volume s2-42 Issue 1, p. 260-265.
- U.S. CONGRESS, *The Computer and Invasion of Privacy. Hearings before a Subcommittee of the Committee on Government Operations House of Representatives. Eighty-Ninth Congress, Second Session. July 26, 27 and 28, 1966*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1966.
- U.S. CONGRESS, HOUSE COMMITTEE ON GOVERNMENT OPERATIONS, *Commercial Credit Bureaus. Hearings before a subcommittee of the Committee on Government Operations, House of Representatives, Ninetieth Congress, second session. March 12, 13, and 14, 1968*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1968.
- UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS, *Transnational Corporations and Transborder Data Flows. Background and Overview*, Elsevier/North Holland, Amsterdam, 1984, ISBN: 0444875166.
- URABAYEN, Miguel, *Vida privada e información: Un conflicto permanente*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, ISBN: 84-313-0232-1.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto de, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Casa Editorial Cuesta, Valladolid; Madrid, 1909.
- VAN DEN ENDE, Jan, «The number factory: Punched-card machines at the Dutch Central Bureau of Statistics» *IEEE Annals of the History of Computing*, 1994, Vol. 16, No. 3, p. 25-39.
- VAQUERO SÁNCHEZ, Antonio, «El uso de la palabra ordenador» *El Mundo*, 1997, Domingo, 23 de Febrero de 1997.
- VENANCIO, Pedro Dias, «A previsão constitucional da utilização da Informática», *Tékhne - Revista de Estudos Politécnicos*, 2007, Vol V, n. 8, p. 243-264.
- VENEGAS GRAU, María (Prólogo de Rafael de Asís Roig) *Derechos fundamentales y Derecho privado: Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio*

- de la autonomía privada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004.
- VER STEEG, Russ, «The roman law roots of copyright» *Maryland Law Review*, 2000, Vol. 59, Issue 2, Article 7, p. 522-552.
- VILE, John R.; HUDSON, David L., *Encyclopedia of the Fourth Amendment*, Sage, Thousand Oaks, Ca., 2013, ISBN: 978-1-6042-6589-7.
- VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, «Protección de Datos Personales, Derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993», Núm 4, Mayo-Agosto 1994, p. 187-224.
- VITALI, André «France», en RULE, James B.; GREENLEAF, Graham, *Global Privacy Protection: The First generation*, Edward Elgar, Cheltenham, UK; Northampton, M.A., USA, 2010, ISBN: 978-1-84980-31-8, p. 107-140
- VOLL, Doris, *Die Einwilligung im Arztrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996, Recht & Medizin. Bd. 35 ISBN: 978-3-631-49894-1.
- VON BLUME, Wilhem, «Ist ein Recht am eigenen Bilde Anzuerkennen?» *Das Recht. Rundschau für Deutschen Juristenstand*, 1903, VII, 5, S. 113-118.
- VON GIERKE, Otto, *Deutsches Privatrecht*, Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 2.
- VON IHERING, Rudolf, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Breitkopf & Hartel, Leipzig, 1904.
- VON JHERING, Rudolf (Traducción por Román Ríaza; presentación de María Rosa Ripollés Serrano), *Jurisprudencia en broma y en serio*, Reus, Madrid, 2015, ISBN: 978-84-290-1837-0.
- VON LEWINSKI, Kai, «Datenschutz: Ein Fach ohne Rechts-Geschichte?» *Datenschutz und Datensicherheit*, 2003, Vol 27, 1, p. 61-62.
- «Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977», en ARNDT, Felix (Hrsg.), *Freiheit - Sicherheit - Öffentlichkeit (48. Assistententagung Öffentliches Recht)* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009, p. 196-220.
- «Zur Geschichte von Privatsphäre und Datenschutz: Eine rechtshistorische Perspektive» en SCHMIDT, Jan-Hinrik; WEICHERT., Thilo, (Hrsg.) *Datenschutz: Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 2012, ISBN: 978-3-8389-0190-9, p. 23-33.

- VON NEUMANN, John, *First Draft on a Report on the EDVAC: Contract No. W-670-ORD-4926 between the United States Army Ordnance Department and the University of Pennsylvania*, Moore School of Electrical Engineering, University of Pennsylvania, 30 June 1945, [Informe interno no publicado].
- VOORHEES, Richard J., *The Paradox of George Orwell*, Purdue U. Studies, Indiana, 1961.
- VOSE, Edward Neville, *Seventy-Five years of the mercantile Agency: R.G. Dun & Co., 1841-1916*, R.G. Dun & Co., New York, 1916.
- WALDEN, I. N.; SAVAGE, R. N., «Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations Be Protected?» *The International and Comparative Law Quarterly*, April 1988, Vol. 37, No. 2, p. 337-347.
- WARGON, Sylvia T., «Demography and Official Statistics in Canada: The Case of Demolinguistics», en BEAUD, Jean-Pierre; PRÉVOST, Jean-Guy (dir), *L'ère du chiffre/The Age of Numbers: Systèmes statistiques et traditions nationales/Statistical Systems and National Traditions*, Presses de l'Université du Québec, Montreal, 1999, ISBN: 2-7605-1080-8, p. 325-356.
- WARNER, Malcolm; STONE, Michael, *The Databank Society*, George Allen & Unwin, London, 1970.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D., (Traducción española de Benigno PENDÁS y Pilar BASELGA) *El derecho a la intimidad*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1995, Cuadernos Civitas ISBN 84-470-0596-8.
- «The right to privacy», *Harvard Law Review*, 1890 [15 diciembre 15, 1890), Vol. 4, No. 5, p. 193-220.
- WATERKAMP, Rainer, *Politische Leitung und Systemveränderung: Zum Problemlösungsprozess durch Planungs -und Informationssysteme*, Europäische Verlagsanstalt, Köhl/Frankfurt, 1974, ISBN 3-434-100067-9.
- WATNER, Carl; MCELROY (ed.) Wendy, *National identification systems: Essays in opposition*, Jefferson, NC, 2004, McFarland ISBN: 0-7864-1595-9.
- WEBER, Max (Edición preparada por Johannes Winckelmann. Nota preliminar de José Medina Echavarría. Traducción de José Medina Echavarría et al.) *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª ed. en español de la 4ª en alemán, 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, ISBN: 84-375-0374-4.
- El político y el científico*, 2ª, Alianza Editorial, Madrid, 1969.
- WEBSTER, Frank, *Theories of the Information Society*, 3rd edition, Routledge, London/New York, 2006.

- WENTZELL, Rudolf, *Das Bankgeheimis*, R. Noske, Leipzig, 1927.
- WERNER, Marcus, «Elektronische Datenverarbeitung bei Zivilgerichten» *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, Heft 5, p. 293-297.
- WESTIN, Alan F., *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967.
- WESTIN, Alan F. (Project Director); BAKER, Michael A. (Assistant Project Director), *Databanks in a Free Society: Computers, Record-keeping, and Privacy*, Quadrangle Books, New York, 1972, ISBN: 0-8129-0292-0. Report of the Project on Computer Databanks of the Computer Science and Engineering Board, National Academy of Sciences.
- WHEELER, Stanton (ed.), *On Record: Files and Dossiers in American Life*, Russell Sage Foundation, New York, 1969.
- WHITAKER, Reg (Traducción de Luis Part Clarós) *El fin de la privacidad: Como la vigilancia total se está convirtiendo en Realidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1999, 978-84-493-0772-0.
- The End of Privacy: How total Surveillance is becoming a reality*, The New Press, New York, 1999, ISBN: 1-56584-378-9.
- WHITMAN, James Q., «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty» *The Yale Law Journal*, 2004, Vol. 113, p. 1151-1221.
- WICKLEIN, John, *Electronic Nightmare: The New Communications and Freedom*, Viking, New York, 1981.
- WIETOG, Jutta, «Bevölkerungsstatistik im Dritten Reich» *Wirtschaft und Statistik*, 2001, 7/2001, p. 588-599.
- Volkszählungen unter dem Nationalsozialismus: Eine Dokumentation zur Bevölkerungsstatistik im Dritten Reich*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001, ISBN 9783428103843.
- WILL, Ian, *The Big Brother Society*, Harrap, London, 1983, ISBN: 0-245-53924-7.
- WILLIAM, Nikolaus, «The Supreme Court's ahistorical reasonableness approach to the Fourth Amendment» *New York University Law Review*, October 2014, Vol. 89, p. 1522-1567.
- WILLIAMS, Michael R., «Chapter One: Early Calculation», en ASPRAY, William (ed.), *Computing before Computers*, Iowa State University Press, Ames, Iowa, 1990, ISBN: 0-8138-0047-1, p. 3-58.

- WILLIAMS, Trevor I. (Traducción de Juan C. Navascués Howard) *Historia de la Tecnología*, Volumen 5, Desde 1900 hasta 1950 (II) 1ª edición en castellano, Siglo XXI, Madrid, 1987, ISBN: 84-323-0614-2.
- WINFIELD, Percy Henry; JOLOWIC, J. A.; LEWIS, T. Ellis, *A Text-book of the Law of Tort*, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 1963.
- WINSTON, Brian, *Media Technology and Society: A History: From the Telegraph to the Internet*, Routledge, London and New York, 1998, ISBN: 0-415-14229-6.
- WOCHNER, Lucius N., *Der Persönlichkeitsschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr*, Schulthess, Zurich, 1981, Computer und Recht, 11, ISBN: 3-7255-2158-1.
- WRIGHT, Carroll D., (Assisted by William O. HUNT), *The History and Growth of the United States Census: Prepared for the Senate Committee on the Census*, Government Printing Office, Washington, 1900.
- WÜRTENBERGER, Thomas, «Interpretación del Derecho constitucional (desde una perspectiva realista)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Enero/Diciembre 2002, Núm. 6, p. 601-620.
- YATES, JoAnne, *Control Through Communication: The Rise of System in American Management*, John Hopkins University Press, Baltimore, Mar.; London, 1989, ISBN: 0-8018-4613-7.
- YATES, John; VAN MAANEN, Joanne, *Information technology and organizational transformation: History, rhetoric, and practice*, SAGE, Thousand Oaks, California, 2001, ISBN: 0-7619-2301-2.
- YOST, Jeffrey R., «History of Computer Security Standards», DE LEEUW, Karl; BERGSTRÄ Jan, (ed.), *The history of information security: a comprehensive handbook*, Elsevier, 2007, ISBN: 978-0-444-51608-4, p. 595-622
- YOUNGER (Chairman), Kenneth, *Report of the Committee on Privacy. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department, the Lord High Chancellor and the Secretary of State for Scotland by Command of Her Majesty July 1972*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1972.
- ZABÍA DE LA MATA, Juan, «Artículo 17: Revocación del consentimiento», en ZABÍA DE LA MATA (Coord.) Juan, *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 206-208.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, (Traducción de Marina Gascón), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 6ª edición, Trotta, Madrid, 1995, Colección estructuras y procesos, ISBN 84-8164-071-9

El juez constitucional en el siglo XXI, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (coordinadores), *El juez constitucional en el siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México/Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, Mexico, 2009, ISBN: 9686070210471, p. 249-268.

ZAMIATIN, Yevgueni I., (Traducción de Juan E. Benusiglio), *Nosotros*, Seix Barral, Barcelona, 1972.

ZELTWANGER, Holger, «Geschichte der Datenverarbeitung - Planen und Herrschen» *LOG IN*, 1985, 5, Heft 4, p. 12-17.

ZIEGLER, Gerhard. «Wiesbadener Weltpremiere: Hessens Datenschutzbeauftragter Willi Birkelbach kontrolliert den Staat» *Die Zeit* [en línea] (21. Mai 1971 [Fecha de consulta: 4 de abril de 2015]). Disponible en <<http://www.zeit.de/1971/21/wiesbadener-weltpremiere>>.

RESUMEN

El derecho de protección de datos es un fenómeno reciente, cuyo estudio desde el punto de vista histórico, sin embargo, es necesario si se quiere comprender su espíritu y finalidad, de acuerdo a las pautas del método jurídico comúnmente aceptado en el derecho constitucional. En primer lugar, se fija el significado del derecho de protección de datos, que son normas jurídicas que establecen restricciones al tratamiento de datos personales, con objeto de proteger a la persona, pero permitiendo o facilitando su derecho de autodeterminación.

La situación hacia 1750 era la completa ausencia de normas protectoras de la intimidad. Los tratamientos de datos se realizaban sobre bases exactamente contrarias a las que hoy sustentan las normas de protección de datos. Sólo existía una institución tradicional, que daba protección a un aspecto de la personalidad: las acciones contra la difamación. En la segunda mitad del siglo XVIII comienzan a moverse las instituciones jurídicas en dirección a la defensa de la autonomía del individuo. Las primeras instituciones que van en este sentido son el secreto de las comunicaciones y los derechos morales de autor, que la jurisprudencia anglosajona vincula. En esta jurisprudencia se apoyarán Warren y Brandeis, para construir en su artículo de 1890 *The right to privacy* una base para la protección general de la intimidad. En Europa, por la misma época, se alcanzan resultados parecidos, con una construcción teórica propia: los derechos de la personalidad. La prohibición de interrogatorio sobre preferencias religiosas, que aparece en algunas Constituciones de entreguerras, va en el mismo sentido. Pero es en la segunda posguerra mundial, cuando la preocupación por la intimidad se incrementa enormemente y se generaliza en todos los países desarrollados. Como factores con influencia en la aparición del derecho de protección de datos están la preocupación por la intimidad, el impacto de la tecnología de los ordenadores (aparecidos a finales de los años 40 y generalizados en los 60), el recuerdo negativo del abuso de la información personal llevada a cabo por los totalitarismos del siglo XX, y una serie de detonantes o catalizadores específicos propios de los años 60 (proyectos de grandes centros de proceso de datos, intención de utilizar números únicos, rechazo a los censos periódicos, literatura alarmista, y el problema de la seguridad informática). La primera ley de protección de datos es la *Datenschutzgesetz* de Hesse. A partir de entonces, en sólo 8 años, en apenas una docena de leyes, aparecen todos los elementos esenciales de las modernas legislaciones de protección de datos. Al mismo tiempo, desde la Constitución portuguesa de 1976, se produce un proceso de constitucionalización de la protección de datos. A fecha de hoy, el derecho de protección de datos se manifiesta de dos formas: o en leyes de protección de datos, o en un derecho fundamental a la protección de datos, que operan de forma relativamente autónoma el uno del otro. Las dos “*ratios*” legislativas del derecho de protección de datos son el procesamiento de datos “*correcto*” y el principio de autodeterminación del individuo. Un hito importante en este desarrollo fue la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1983 sobre la Ley del Censo de 1982 (“*Volkszählungsurteil*”), con inmensa influencia sobre los desarrollos posteriores, y que dio preeminencia al principio de autonomía o autodeterminación. La jurisprudencia del TC está muy influida por esta sentencia. Las nuevas constituciones posteriores que se refieren al tema de protección de datos, incluyen ya también claramente destacado el principio de autodeterminación informativa.

El resultado final de todo el proceso es que el concepto de protección de datos es plural, porque responde a intereses muy diversos: en esta pluralidad está la clave para comprenderlo.

ABSTRACT

Data Protection Law is a modern phenomenon, whose study from the historic point of view is necessary for understanding the spirit and aim, according to the method of jurisprudence widely accepted in Constitutional Law. In the first place, the meaning of the Data Protection Law is set, that are the setting up of law rules establishing restrictions to the personal data processing, with the aim of protecting to the individual, but always allowing him to exercise his right to self-determination.

The situation at 1750 was the total lack of law rules protecting privacy. The grounds of the personal data processing were exactly opposite to those that nowadays are the basis of data protection law. There was only one law institution aimed to the protection of a part of the personality: the actions against defamation. In the second half of the Eighteenth Century, the legal institutions start to move around in the way of a bigger protection of the autonomy of the individual. The first institutions in this way were the secret of communications and the author's moral rights, that are connected in the American and British case law. Warren and Brandeis, for building in their article *The Right to Privacy* of 1890, a basis for the general, rely on this case law. In Europe, for the same time, a totally different approach in a specific theoretical construction, the rights to personality (*"derechos de la personalidad"*). The prohibition of asking about religious beliefs, appearing in some Constitutions between both World Wars, has the same meaning. But in the second World post-war, the concern about privacy rose hugely and became a general concern in all develop countries. There are several influencing factors in the rise of data protection law: the concern about privacy, the impact of computers technology (developed in the end of Forties and generalized in the Sixties), the negative memory of the misuse of personal information by totalitarian systems in the Twentieth Century, and a set of specific triggers in the Sixties (projects of big data processing centers, intention to use unique identifying numbers, rejection to periodical census, literature of the alarm, and the problem of information security. The first data protection act was the *Datenschutzgesetz* of Hesse in 1970. From then, in only six years, with almost a dozen of acts, all the essential elements of the modern data Protection regulations appeared. At the same time, from the Portuguese Constitution of 1976, there is a process of data protection law rules became *"constitutional"*. Nowadays, the data protection law has two different ways of expression: or data protection laws or the fundamental right to data protection, that work in a relatively independent ways from each other. The two *"ratios"* of data protection law are the *"fair"* use and processing, on the one side, and the right to self-development of the individual, on the other side. A major landmark in this development was the judgment of German Constitutional Court of 1983 about the Census Act of 1982 (*"Volkszählungsurteil"*) that has had a huge influence on further developments and gave big preeminence to the principle of autonomy. The case law of the Spanish Constitutional Court has been very influenced by this judgment. The new constitutions after the *"Volkszählungsurteil"* include also clearly highlighted the principle of Self-determination.

The final outcome of all this process is the fact that Data Protection Act is a plural concept, because it is an answer to different interests: this plurality is the key to understand it.